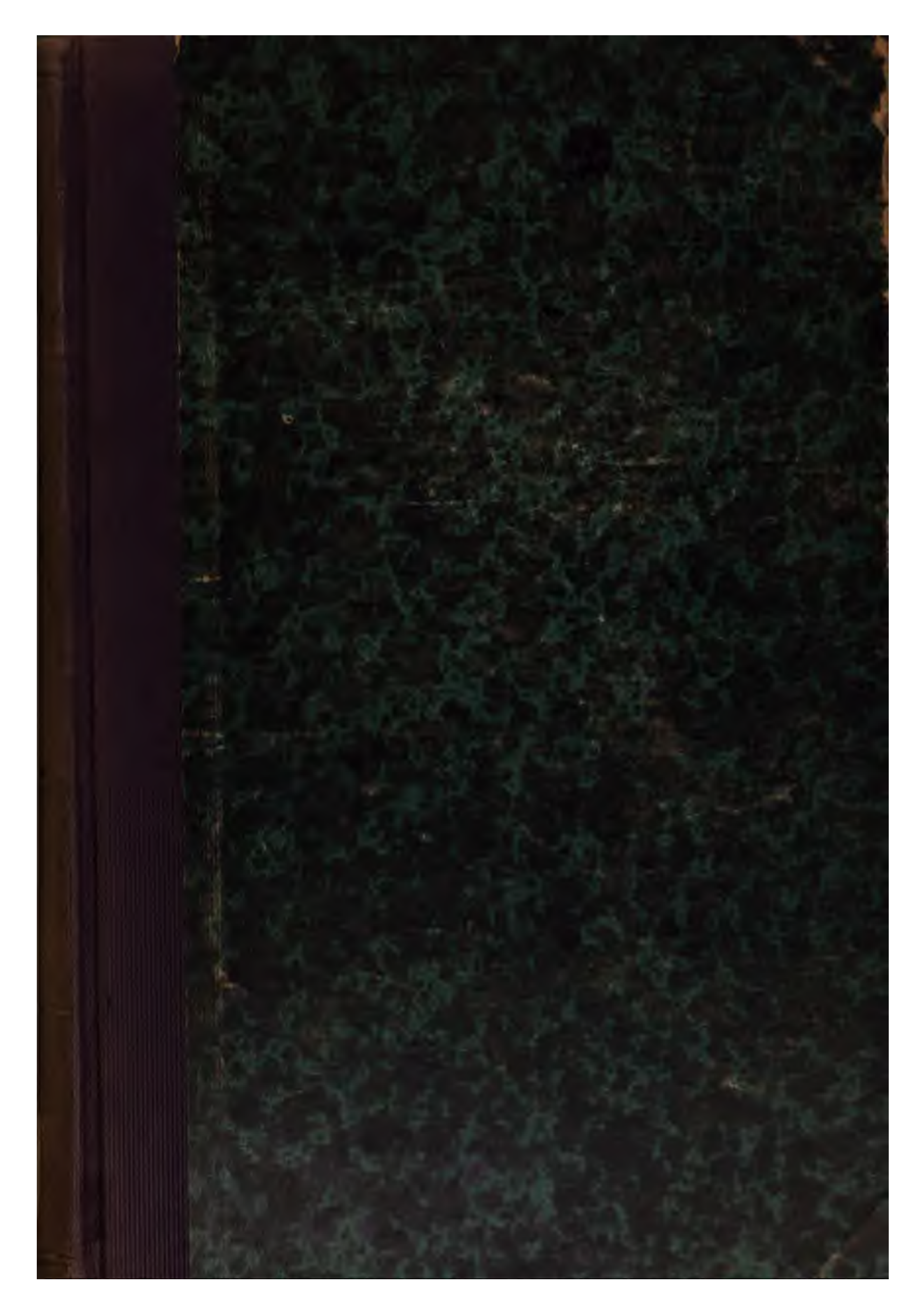




Gustav Rümelin,

Dr. jur.

Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe

I.



Zur Kritik

der

juristischen Grundbegriffe

von

Dr. Ernst Rudolph Bierling
ord. Prof. der Rechte in Greifswald.

Erster Theil.



Gotha
Friedrich Andreas Perthes
1877.


BODLEIAN LIBRARY
OCT
27
1926
OXFORD.

Inhalt.

Einleitung.

Erstes Buch.

Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positiven Rechts.

Die Untersuchungen „zur Kritik der juristischen Grundbegriffe", deren ersten Theil ich hiermit der Oeffentlichkeit übergebe, haben eine kleine Vorgeschichte.

In dem X. Bande der von Dove und Friedberg herausgegebenen „Zeitschrift für Kirchenrecht" erörterte ich — bereits vor fünf Jahren — in einem kurzen Aufsatze die Frage: „Ist das Recht einer freien Vereinskirche Recht im juristischen Sinne?" Den besonderen Anlaß entnahm ich dem nicht lange Zeit vorher in dritter Auflage erschienenen bekannten Lehrbuche des Kirchenrechts von O. Mejer, in welchem diese Frage, entgegen der früheren Ansicht Mejers, mit Entschiedenheit darum verneint wird, weil überhaupt ein Recht, das nicht vom Staate als solches aufrecht erhalten werde, niemals ein Recht im juristischen Sinne sei. Im Gegensatze hierzu glaubte ich mich ebenso entschieden für die Bejahung der Frage aussprechen zu müssen. Mejer erwiderte darauf in sehr eingehender Weise im XI. Bande der genannten Zeitschrift (S. 283 ff.) und im engsten Anschlusse an diese Erwiderung schrieb ich einen „ersten Artikel" über „das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht", der in dem XIII. Bande derselben Zeitschrift S. 256 ff. Aufnahme gefunden hat.

Nach dem soeben Bemerkten ist der letztberührte Artikel eine Replik; doch mehr nur dem Entstehungsgrunde, nicht der Absicht nach. Der Artikel setzt nirgends die spezielle Kenntniß der Vorverhandlungen voraus. Nur diejenigen, die etwa Zweifel hegen sollten, ob ich die Gründe meines Gegners auch vollständig in Rechnung gestellt und unbequeme Einwendungen nicht verschwiegen habe, möchte ich bei dieser Gelegenheit dringend bitten, dieselben a. a. O. selbst nachzulesen. Dagegen war der in Rede stehende Artikel nur als erster Artikel gedacht; ein zweiter sollte ungefähr das bringen, was jetzt das erste Buch „zur Kritik der juristischen Grundbegriffe" darbietet. Erst im allmähligen Fortschreiten selbst nahm die Arbeit eine Gestalt an, die es mir angemessen erscheinen ließ, sie als selbständige Schrift oder eigentlich als den ersten Theil einer solchen zu publiciren.

Auch wie die Arbeit jetzt vorliegt, wird und soll sie den eben erwähnten Ursprung nicht ganz verleugnen. Sie fußt nicht bloß auf dem, was der erste Artikel sicher gestellt hat, sie hat auch ihr Ziel zunächst durch diesen erhalten. Doch beides nicht so, daß ich Jedem, der an dieselbe herantritt, vorerst die Lectüre jenes Artikels zumuthen müßte. Vielmehr wird ein kurzer Einleitungsabschnitt genügen, um aus dem letzteren alles für das Verständniß der folgenden Untersuchung Nothwendige vorauszunehmen und damit zugleich die Aufgabe derselben völlig klar zu stellen.

1. Die Ansicht vom Wesen des positiven Rechts, die ich a. a. O. vertreten habe, läßt sich am besten in zwei Sätze formuliren:

A) Der nächsthöhere Gattungsbegriff zu den identischen Begriffen „Rechtssatz, Rechtsnorm, Rechtsregel" ist der Begriff der Norm d. h. eines Grundsatzes oder einer Regel, die ihre Erfüllung vom menschlichen Willen unter gewissen allgemeinen Voraussetzungen nicht nur erwartet, sondern fordert.

B) Von allen anderen Arten von Normen unterscheidet sich die Rechtsnorm dadurch — und bloß dadurch —, daß sie als Regel des Zusammenlebens eines bestimmten Kreises von Menschen seitens der dazu Gehörigen fortgesetzt anerkannt wird.

Ueber den ersten Satz herrscht sachlich wohl allseitige Uebereinstimmung. Nur der zweite bedurfte des Beweises, oder vielmehr vor allen Dingen der Klarstellung. Diese zu bewirken, zunächst gegen eine Reihe von direct entgegengebrachten Mißverständnissen, Vorurtheilen, Selbsttäuschungen, war die Hauptaufgabe des „ersten Artikels" über „das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht".

2. Auf die Einzelerörterungen, die dadurch nothwendig wurden, wiederholt einzugehen, darf ich mir vorläufig ersparen. Dagegen mögen die Schlußbemerkungen, in denen ich meiner Ansicht eine durchaus unabhängige Stellung gegenüber namentlich den altnaturrechtlichen Vertragstheorien reservirte, hier darum einen Platz finden, weil sie am besten über die Vorstellungen Zeugniß ablegen, die ich schon bisher mit den Worten „Anerkennung als Norm und Regel des Zusammenlebens" verband. Sie lauteten:

„Es ist wahrlich nicht bloße Wortklauberei, um die es sich hier handelt. Ich will nicht darüber streiten, ob

nicht die Worte „Vertrag" „sich vertragen", rein sprachlich betrachtet, ganz oder doch fast ganz dasselbe besagen können, was ich mit dem Worte „Anerkennung" ausdrücke. Allein rathsam ist diese Terminologie schon darum nicht, weil es alsdann an einer unzweideutigen Bezeichnung für den andern, beschränktern, aber nicht minder wichtigen Begriff fehlen würde, und überdies läuft sie stets Gefahr, gerade von Juristen mißverstanden zu werden, denen es geläufig ist*), mit dem Worte „Vertrag"

---

*) Als ich diese Worte niederschrieb (und zwar, wie aus dem Obigen hervorgeht, zum zweiten Male bereits), hatte ich freilich noch keine Ahnung, daß noch vor der Vollendung der vorliegenden Schrift der ganze Vertragsbegriff von einem Juristen als völlig unklar und werthlos bezeichnet werden würde. Ich sehe mich indessen nicht veranlaßt, von dem im Text Bemerkten irgend etwas zurückzunehmen, auch nur auf eine längere Polemik gegen Schloßmanns Buch „Der Vertrag" (Leipzig 1876) mich einzulassen. Wer es unternimmt, die gesammte bisherige Rechtswissenschaft als einen verfehlten Standpunkt zu characterisiren und eine durchaus neue auf Grund des reinen „Rechtsgefühls" aufzubauen, — wer dieses „Rechtsgefühl" als die wahre Rechtsquelle selbst für den Richter darstellt, neben welcher dem Gesetz und Gewohnheitsrecht nur die Bedeutung einer Art von Instruction zukommen soll, — wer das nicht nur als ein zu erstrebendes Ziel der Rechtscultur, sondern vielmehr schon für die Gegenwart als Wahrheit hinstellt, indem er glaubt, hierfür auf die Ergänzung des Rechts durch Analogie und ähnliche Dinge sich berufen zu können, — wer dann weiter ziemlich alle umfassenderen Rechtsbegriffe, wie „dingliches Recht", „Obligation" u. a., als einfach verwerflich bezeichnet, und wer endlich bei allen diesen epochemachensollenden Entdeckungen so erstaunlich oberflächlich und bequem zu Werke geht, von seinem subjectiven „Rechtsgefühle" so reichlichen und willkürlichen Gebrauch macht, — der hat sich selbst damit bereits gerichtet. Nur zwei Bemerkungen mögen hier zum Ueberfluß noch eine Stelle finden:

Vorstellungen zu verbinden, die mit dem „Vertrage" oder wie ich sage, mit der „Anerkennung", die der dauernde Grund alles Rechtes ist, nicht verbunden werden dürfen.

Was man auch vom Wesen und Werthe des positiven Rechts denken mag, daß es im Gegensatze zu der Schloßmann'schen „Gerechtigkeit" dermalen in unserm Rechtsleben allein eine Rolle spielt, daß unsere Richter gemäß ihrem Eide verpflichtet sind, nicht einer „Gerechtigkeitsidee", sondern schlechtweg dem Gesetz, dem positiven Rechte zu folgen, vermöchte doch nur völlige Lebensunkenntniß zu verkennen. Und nicht minder liegt auf der Hand, daß unser gesammtes positives Recht, zum Mindesten das moderne, den Vertragsbegriff voraussetzt, daß also jeder Jurist mit diesem Begriffe operiren muß, er mag nun von ihm halten so viel oder so wenig er will. Für's Zweite erscheint von diesem Gesichtspunkt aus auch das Leugnen stillschweigender Verträge völlig unbegreiflich. Wenn Schloßmann behauptet, stillschweigende Verträge seien eine reine Fiction, in Wahrheit liege in diesem Begriffe nur das Zugeständniß, daß der Richter unter gewissen Voraussetzungen gerade so urtheilen müsse, als wenn ein wirklicher Vertrag vorläge, so mag das vielleicht einzelnen Lesern im ersten Augenblicke imponiren. Allein wie man Fictionen nicht ohne Noth bilden soll, so soll man sie auch nicht ohne Noth Andern imputiren. Es hätte also eines gründlichen Nachweises bedurft, daß stillschweigende Verträge, genauer gesagt, eine Ersetzung der Worte bei der Vertragsschließung durch irgend welche sonstige Handlungen unmöglich, bez. mit dem Begriffe des Vertrags unvereinbar sei. Statt dessen begnügt sich Schloßmann mit einigen durchaus nichtssagenden Bemerkungen über den innern Widerspruch, der in den Ausdrücken „stillschweigendes Versprechen" und „stillschweigende Willenserklärung" enthalten sein soll. Ob der erstere Ausdruck sprachlich wirklich anfechtbar ist, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls hat ihn vor Schloßmann noch Jeder verständlich gefunden. Dagegen ist rücksichtlich des zweiten gar nicht einmal abzusehen, warum derselbe unzulässig sein soll; denn die Erfahrung zeigt uns alle Tage, wie man durch sehr verschiedenartige Handlungen seinen Willen einem Andern erklären (klar machen) kann.

Um so entschiedener muß ich mich für die Zukunft gegen eine erneute Confundirung der Begriffe „Vertrag" und „Anerkennung" verwahren. Namentlich sind es folgende Unterschiede, die bei der Beurtheilung meiner Ausführungen (insbesondere auch bei der Lectüre der weiteren Artikel) nicht außer Acht gelassen werden dürfen:

1) Beim Vertrage, auch dem stillschweigenden (der sich vom ausdrücklichen nur in der Form der Willensäußerung unterscheidet), setzen wir stets Bewußtsein und freie Willensbestimmung der Betheiligten voraus. Beides ist bei der Anerkennung, wie ich dieselbe fasse, nicht nothwendig. Auch die unfreiwillige Anerkennung bleibt Anerkennung, und zwar umfaßt dieselbe nicht nur die abgenöthigte, erzwungene, sondern auch die unbewußte, unwillkürliche Anerkennung.

2) Als Object des Vertrags pflegt in der Regel ein dadurch zu begründendes Rechtsverhältniß oder bestimmte Rechte im subjectiven Sinne behauptet zu werden, nicht aber die Constituirung von Grundsätzen für das Handeln. Ob dies zu billigen ist, ob nicht vielmehr selbst im Privatvertrage — von öffentlich-rechtlichen Verträgen ganz zu schweigen — die Feststellung gewisser Grundsätze als das prius aufzufassen ist, kann hier noch nicht weiter erörtert werden. Wohl aber muß ich betonen, daß mir als Object der Anerkennung in erster Linie die Rechtssätze, Rechtsvorschriften oder Normen stehen, also dasjenige, was wir Recht im objectiven Sinne zu nennen pflegen.

3) „Vertrag" bezeichnet stets eine momentane Form,

einen momentanen Ausdruck gemeinsamen Willens. Dagegen ist die Anerkennung, die das Recht m. E. zum Recht macht, nicht ein vorübergehender Act, sondern ein dauerndes, habituelles Verhalten in Beziehung auf die betreffenden (d. i. die anerkannten) Rechtsgrundsätze.

Recht besteht nur so lange, als es gilt, d. h. so lange es anerkannt (respectirt, geachtet, als bindend oder maßgebend angesehen, empfunden) wird. Daß wir dem vertragsmäßigen Versprechen, der einmaligen Willenserklärung im Vertrage dennoch dauernde, rechtliche Wirksamkeit zusprechen müssen, hat seinen Grund nicht in dem Wesen des Versprechens oder der Willenserklärung an sich, sondern bloß in der stetig fortdauernden Anerkennung des Grundsatzes, daß Verträge zu halten sind, bis ein ebenso anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt.

4) Im Vertrage müssen wir stets mindestens zwei Parteien und entsprechend zwei verschiedene Arten der Willensäußerung unterscheiden. Ohne Angebot und Annahme resp. Verlangen und Zugeständniß ist ein Vertrag undenkbar.

Dagegen folgt nicht nur aus Nr. 1 und 2, daß die Anerkennung, von der ich rede, auch völlig einseitig möglich sein muß, sondern zugleich aus Nr. 3, daß die Anerkennung überhaupt nicht mit der Aeußerung derselben identisch sein kann. Sogar eine Anerkennung, die noch gar nicht zur Aeußerung gelangt ist, wird nicht geleugnet werden dürfen; nur ist damit noch nicht zugestanden, daß auch die Anerkennung eines Grundsatzes als Rechtsnorm

ohne jede Aeußerung der Anerkennung zu Stande kommen könne.

Um es mit einem Worte zu sagen, Anerkennung (ohne weiteren Zusatz) ist mir ein stetiges, ununterbrochenes, habituelles Respectiren, sich gebunden oder unterworfen Fühlen in Beziehung auf einen gewissen Gegenstand, insbesondere auf gewisse Grundsätze. Speciell rechtliche Anerkennung aber oder Anerkennung als Recht ist mir das dauernde Anerkennen von Grundsätzen innerhalb eines gewissen Kreises, einer gewissen Mehrheit zusammenlebender Personen als Norm und Regel dieses Zusammenlebens." —

Ich habe mir, als ich diese Sätze niederschrieb, durchaus nicht verhehlt, daß der eigentliche Beweis derselben erst noch zu erbringen sei. Die ihnen vorausgeschickte Erörterung sollte nur eine Vorarbeit hierfür sein. Immerhin hat mir dieselbe bereits zwei wichtige Resultate geliefert, mit denen jede künftige Untersuchung wird rechnen müssen.

3. Das eine ist die Thatsache, die ich voll erwiesen zu haben glaube, daß der technisch-juristische Sprachgebrauch und die gesammte wissenschaftliche Tradition jedenfalls gegen eine Beschränkung des Rechtsbegriffs auf das staatliche (oder staatlich aufrecht erhaltene) Recht sprechen (Abschnitt I. a. a. O., S. 258 ff.). Beide kennen ein Kirchenrecht in Zeiten und für Verhältnisse, wo von einer Aufrechterhaltung desselben durch den Staat nicht die Rede sein kann. Beide müssen verleugnet oder offen bekämpft werden, wenn man das Völkerrecht völlig, das Staatsrecht gerade

seinem Kerne nach (sofern es die rechtlichen Schranken der Staatsgewalt enthält) aus der Reihe der Rechtsdisciplinen streichen will. Wie weit freilich der Titel „Recht“ noch ein angemessener sei, dafür kann technischer Sprachgebrauch und fachwissenschaftliche Tradition keinen unmittelbaren Maßstab abgeben. Wohl aber ist immer wieder darauf hinzuweisen, daß die Vermuthung, die für die Rechtsqualität von Normen spricht, welche einmal traditioneller Besitz der Wissenschaft geworden sind, keineswegs dahin umgekehrt werden darf, daß alle die Normen, denen das Letztere bisher nicht zu Theil geworden, auch nicht als Rechtsnormen anzusehen seien. Vieles wird niemals im eigentlichen Sinne Gegenstand der Rechtswissenschaft oder doch nicht der besonderen fachwissenschaftlichen Darstellung werden, was dennoch Recht, sogar vom Staate aufrecht erhaltenes Recht ist. Es ist also auch nur natürlich, wenn in Bezug auf Vieles, was Recht ist, sich doch kein fester Sprachgebrauch, geschweige eine wissenschaftliche Tradition gebildet hat. Entscheiden über die Rechtsqualität kann nur die Vergleichung mit dem, was zweifellos Recht ist.

4. Und damit komme ich zugleich auf das zweite Resultat des ersten Artikels; ich meine das Aufzeigen und Richten des Weges, der allein zu einem Endurtheile über die Richtigkeit meiner Ansicht vom positiven Rechte, insbesondere vom Umfange desselben führen kann. Es handelt sich darum, zu untersuchen, ob einerseits das, was zweifellos Recht im juristischen Sinne ist, d. h. das staatliche Recht, und andererseits das, was nach meiner Ueberzeugung

sonst noch Recht im juristischen Sinne ist, dem Wesen nach gleichartig oder ungleichartig sind. Im Prinzip vermag dies wohl Niemand ernstlich zu leugnen; wohl aber geht man bei der Untersuchung selbst häufig von unrichtigen Gesichtspunkten aus. Zuvörderst vergißt es sich nur zu leicht (vgl. a. a. O. Abschnitt II), daß alles Recht, auch alles staatliche Recht, stets bloß relative Geltung hat, d. h. immer nur irgendwo und irgendwann, nicht aber schlechtweg, ohne Rücksicht auf Ort und Zeit gilt. Für den Staatsbürger als solchen, gleichwie für den staatlichen Richter als solchen gilt immer nur das Recht des eigenen Staates als Recht, dagegen das Recht aller fremden Staaten an sich als Nichtrecht. Wenn wir daher sagen, der Richter habe das Recht, das Gesetz anzuwenden, so würde dies nach rein grammatikalischer Auslegung eine durchaus unzulässige Behauptung sein; wenn wir sie trotzdem niemals beanstandet finden, so hat dies seinen guten Grund einzig darin, daß Jeder die stillschweigende Voraussetzung kennt, oder doch kennen muß, unter der der Satz stets aufgestellt wird, die Voraussetzung nämlich, daß mit „dem Rechte, dem Gesetze", so schlechtweg gesprochen, ein ganz bestimmtes Recht oder Gesetz, das Recht oder Gesetz des betr. Landes zu verstehen ist. Daraus folgt, daß für die Frage, ob freikirchliche Normen oder überhaupt freie Vereinsnormen auch Recht im juristischen Sinne sind, der Standpunkt des staatlichen Richters oder Staatsbürgers jedenfalls nicht allein in Betracht kommen kann. Für die genannten Personen als solche sind vielmehr die gedachten Normen an sich gewiß Nichtrecht, eben weil für sie in ihrer bezüglichen

Stellung überhaupt nur Recht ist, was ihnen als Recht des eigenen Staates gegenübersteht; die Frage dagegen, auf die es für unsere Untersuchung ankommt, was denn jene Normen für das Kirchenglied als solches, das Vereinsmitglied als solches sind und leisten, tritt an den Staatsbürger oder staatlichen Richter als Staatsbürger und Richter gar nicht heran. Es bleibt mithin nur die Alternative: entweder sucht man eine Position zu gewinnen, von der man die staatlichen, wie nichtstaatlichen Normen gleich unbefangen in's Auge fassen kann, oder man stellt sich abwechselnd auf den Standpunkt des Staatsbürgers und des Vereinsgliedes, oder besser eines staatlichen Gerichtshofes und eines reinen Vereinstribunals.

5. Auch die Gewinnung eines richtigen Standpunktes sichert freilich noch nicht vor zahlreichen Abwegen. Vielmehr liegt die Gefahr nahe, selbst bei richtigem Ausgangspunkte doch immer wieder einen Maßstab anzulegen, der unter dem Gesichtspunkte des staatlichen Rechtes gewonnen ist. (Vgl. Abschnitt IV—VI a. a. O.). Denn unsere Rechtswissenschaft war eben bisher, höchstens mit Ausnahme des Kirchen- und Völkerrechts, Wissenschaft vom staatlichen Rechte und was noch wichtiger ist, die Lehre von den allgemeinen Grundbegriffen, von den Rechtsquellen u. s. w., gehörte gewissermaßen zur Domaine des Privatrechts, d. h. des vom Staate gesetzten oder doch anerkannten und durch Gerichte geschützten Privatrechts. Es giebt indessen ein sehr einfaches Mittel, Verirrungen in dieser Richtung zu vermeiden: dadurch nämlich, daß man nicht von dem staatlichen Rechte auf die nichtstaatlichen Normen

übergeht, sondern umgekehrt von den letzteren auf das erstere. Und zwar ist dies um so mehr gerechtfertigt, als genauer zugesehen in der Auffassung der nichtstaatlichen Normen sachlich gar keine Differenz zwischen allen meinen etwaigen Gegnern und mir bestehen dürfte. Daß die Statuten und Observanzen der Vereine (auch der vom Staate verbotenen Vereine) sich als Normen darstellen, die als Regeln des Vereinslebens innerhalb des betreffenden Vereins selbst anerkannt werden, daß sie mithin Recht in meinem Sinne sind, wird kaum Jemand bestreiten. Nur daß ich im staatlichen Rechte nicht mehr als dies sehe, und eben darum Gleichartigkeit beider Arten von Normen, darum die Ausdehnung des Titels „Recht" auch für die nichtstaatlichen in Anspruch nehme, bildet den wahren Streitpunkt. Nicht um das Wesen der Vereinsnormen hat sich also die Untersuchung zu drehen, sondern um das Wesen des staatlichen Rechtes. Gelingt es zu beweisen, daß auch das staatliche Recht, in seinem vollen, zweifellosen Umfange betrachtet, unter keinen andern Begriff zu bringen ist als

> „Normen, die als Regel des staatlichen Lebens seitens der Staatsgenossen fortgesetzt anerkannt werden",

so ist die wesentliche Gleichartigkeit des staatlichen Rechts und der nichtstaatlichen Vereinsnormen, mithin auch die Ausdehnbarkeit des Titels „Recht" auf letztere zugleich mit erwiesen.

Und mit dieser Formulirung des Beweisthemas lenken

wir unmittelbar in die Bahn, welche die nachfolgende Untersuchung wird zu durchlaufen haben. Sie ist die vorausgenommene Antwort auf die Frage nach dem Grunde der verbindlichen Kraft des Staatsgesetzes, zu deren Erörterung wir uns jetzt wenden.

Erstes Buch.

Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positiven Rechts.

I.

6. Was macht wohl den bekannten Satz:

„Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft"

für den deutschen Richter zum Rechtssatze?

Auf den ersten Anblick mag eine solche Frage, von einem Juristen gestellt, mehr als trivial erscheinen. Jedermann wird erwidern: die einfache Thatsache, daß der fragliche Satz in einem verfassungsmäßig zu Stande gekommenen und zur Zeit noch nicht wieder aufgehobenen Reichsgesetze steht. Auch kann ich gegen diese Antwort an und für sich nichts einwenden. Aber was heißt „verfassungsmäßig zu Stande gekommen"?

Fassen wir die Frage wiederum ganz concret, so werden wir die nächste Antwort in der „Verfassung für das deutsche Reich vom 16. Mai 1871" suchen. Und zwar läßt sich dieselbe hiernach etwa so formuliren: Verfassungsmäßig zu Stande gekommen und in der Folge d. h. bis zu eben so wirksamer Wiederaufhebung für das ganze deutsche Reich verbindlich ist jede Satzung, welche von

den in Art. 5, 28 und resp. 77 bestimmten Majoritäten des Bundesraths und Reichstags innerhalb der Art. 4 und 77 bezeichneten Competenz beschlossen und in Gemäßheit des Art. 3 vom Kaiser bekannt gemacht ist.

Allgemeiner ausgedrückt, es müssen stets zwei Bedingungen erfüllt sein:

a) es müssen gewisse, ganz bestimmte Personen oder Personencomplexe thätig geworden sein;

b) es müssen gewisse, ganz bestimmte Normen, (Vorschriften, Regeln) theils rein formeller, theils auch materieller, gegenständlicher Natur beobachtet worden sein.

7. Eine sehr leichte Ueberlegung lehrt uns, daß diese zwei Bedingungen die Bedingungen des verfassungsmäßigen Zustandekommens überhaupt jedes Staatsgesetzes bilden, nicht nur einer gewissen lokalen Art von Staatsgesetzen. Von selbst reiht sich jedoch an diese Bemerkung eine neue Frage: Wie kommt es, daß der Thätigkeit solcher bestimmter Personen eine verpflichtende Bedeutung für die Angehörigen eines ganzen Staatsgebietes zugeschrieben wird? Und weiter, wie kommt es, daß sie ihnen nur zukommen soll, wenn diese Thätigkeit eine ganz bestimmte Weise innehält?

Man kann nicht antworten, der Grund sei eben die Verfassung. „Verfassung" ist nur der allgemeine Ausdruck für den ganzen Complex von Bedingungen des Staatslebens, zu welchen auch die sub a und b bezeichneten gehören; die Frage nach dem Rechtsgrunde einer Verfassung ist also im Wesentlichen identisch mit jenen beiden Fragen zusammen genommen. Letztere haben aber nicht nur die un-

mittelbare Verständlichkeit voraus, sondern diese Zweitheilung weist auch zugleich auf den Punkt hin, um den sich schließlich alle Ansichten über das Wesen der „Gesetzgebung" gruppiren, auf das Prioritätsverhältniß zwischen den berechtigten Subjecten der Gesetzgebung und den zu beobachtenden Normen. Die eine Reihe von Ansichten geht aus von den Ersteren und betrachtet die beschränkenden Normen nur als Formulirung der Bedingungen, unter denen ein Satz oder Gebot als Ausdruck des wahren Willens des Berechtigten angesehen werden muß. Die andere erachtet umgekehrt als das einzig Wesentliche die Existenz der Normen und demgemäß die Berechtigung gewisser bestimmter Personen nur als das nothwendige Correlat zu diesen Normen.

8. Innerhalb dieser beiden Reihen sind je drei Gruppen von Ansichten zu unterscheiden. So zunächst innerhalb der ersten Reihe die theokratische oder religiös-politische, die naturalistisch-absolutistische und die idealistische Gruppe*). Die theokratischen Ansichten legen den Nachdruck auf den Ursprung der „Obrigkeit" in der göttlichen Ordnung, die naturalistischen auf die thatsächliche, persönliche Machtstellung des „Herrschers". Die idealistische steht den Ansichten der zweiten Reihe am nächsten, sofern sie die Bedeutung des „Volkes" für die Autorität der gesetzgebenden Gewalten zugiebt, bleibt

*) Ob diese Bezeichnungen völlig zutreffen, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls gehören sie zu den relativ besten, um das Bedürfniß nach kurzen technischen Ausdrücken für die in Rede befangenen drei Ansichtengruppen zu befriedigen.

jedoch innerhalb der ersten Reihe stehen, so lange sie das Gesetz unmittelbar als den Willen eines von allen Einzelgeistern zu scheidenden, an und für sich seienden, realen Volksgeistes auffaßt.

Eine vierte Ansichtengruppe innerhalb der ersten Reihe ist überhaupt nicht denkbar; kann weder göttliches Gebot, noch die bloße factische, außergewöhnliche Befähigung oder Machtstellung, noch endlich die Annahme eines in dem Gesetzgeber thätigen, von allen Einzelgeistern unterschiedenen Volksgeistes dazu dienen, die rechtliche Gebundenheit der Staatsgenossen an den Willen des gesetzgebenden Subjects zu erklären, so bleibt offenbar nur übrig den Grund dieser Gebundenheit anstatt in der speciellen Qualification des gesetzgebenden Subjectes selbst vielmehr in der eigenthümlichen Bestimmtheit der Unterworfenen durch die jenen Willen zum Gegenstand habenden Normen zu suchen, d. h. zu thun, was die Ansichten der zweiten Reihe in der That gethan haben.

9. Die Gruppentheilung der zweiten Reihe, sofern man sie vornimmt an der Hand der Geschichte der Rechtsphilosophie, entspricht fast genau der ersten Reihe. Man fand das constituirende Moment des Rechtes — und damit auch speziell der das Subject und die Form der Gesetzgebung bestimmenden Rechtsnormen — entweder in einem gemeinsamen Willen oder einer gemeinsamen Ueberzeugung als Entstehungsgrund, oder in der Thatsache des Erzwungenwerdens als der charakteristischen Form der Rechtswirksamkeit, oder endlich in dem eigenthümlichen ethischen Gehalte der Rechtsnormen.

Mit diesen herkömmlichen Formen ist jedoch die zweite Reihe nicht völlig abgeschlossen, selbst dann nicht, wenn man all die möglichen Combinationen von zwei oder mehreren solcher Momente nur als Abarten der einen oder anderen Gruppe auffaßt. Jedenfalls ist meine Ansicht keine bloße Unterart einer der drei genannten Gruppen, namentlich auch nicht der zuerst genannten; dennoch gehört sie zweifellos zur zweiten Reihe.

10. Der Gang der folgenden Untersuchung ist durch das vorstehend Bemerkte von selbst gegeben. Zuerst handelt es sich darum, die Ansichten der ersten Reihe (§ 8) insgesammt zurückzuweisen. Das wird am besten geschehen durch den Nachweis, daß dieselben theils zweifellose Thatsachen ignoriren, theils zu erklären suchen durch Gründe, welche in Wahrheit die Richtigkeit meiner Ansicht, wie sie in der Einleitung (§§. 1 und 2, nebst 5 a. E.) vorläufig angedeutet ist, im Allgemeinen bereits voraussetzen. Erst dann werde ich diese meine eigene Ansicht mehr im Detail ausführen und mit den andern Ansichten der zweiten Reihe mich auseinandersetzen.

II.

11. Ich beginne die Widerlegung der ersten beiden Ansichtengruppen mit dem Grunde, der für die Mehrzahl der deutschen Juristen wohl bisher schon meist entscheidend gewesen ist, wenn er auch verhältnißmäßig vielleicht am wenigsten schwer wiegen sollte: ich meine die Thatsache des Gewohnheitsrechts.

Diese Thatsache beweist unbedingt, sowohl gegen die theokratischen, wie gegen die naturalistisch-absolutistischen Ansichten, falls die doppelte Voraussetzung der historischen Schule richtig ist,

1) daß das, was Alle unter der Bezeichnung „Gewohnheitsrecht" als thatsächlich gegeben anerkennen, zu seinem Zustandekommen irgend welcher Mitwirkung der Obrigkeit, des Herrschers, der höchsten Gewalt im Staate, oder wie man sonst sagen will, nicht bedarf; —

2) daß dieses sog. Gewohnheitsrecht, sobald es einmal zu Stande gekommen ist, seiner Kraft nach dem Gesetze wesentlich gleich, oder m. a. W. dem Gesetzesrechte als eine zweite Art des Rechts zur Seite steht.

Denn wäre die Rechtsqualität des Gesetzes wirklich

ausschließlich auf die göttliche Einsetzung der Obrigkeit oder ausschließlich auf den thatsächlichen Besitz der Herrschaft im Staate gegründet, so wäre auch selbstverständlich ein Recht unmöglich, das seine Kraft aus einer andern Quelle schöpft. Die Frage ist nur, inwieweit die obigen Voraussetzungen ohne weiteren Beweis gemacht werden dürfen.

12. Die heute noch herrschende Ansicht ist in ihnen wohl ausgesprochen; mag man immerhin streiten, ob der Wille des Volks, der in der Gewohnheit sich kund giebt, als ein eigenthümlicher, von dem Willen der einzelnen Volks- oder Staatsgenossen verschiedener anzusehen ist, oder nur als Wille der letzteren selbst in einer bestimmten Richtung, ob die Gewohnheitsrechtssätze erst durch längere Uebung entstehen oder nur durch diese bezeugt werden, ob die Grundlage dieser Uebung überhaupt ein bestimmtes Wollen oder vielmehr ein bestimmtes Glauben, die Ueberzeugung in einer gewissen Weise handeln zu müssen sei, — all diese Differenzen hindern die Uebereinstimmung über die obigen beiden Voraussetzungen keineswegs. Auch wird die zweite Voraussetzung, sofern sie die Frage des Zustandekommens selbst durchaus offen läßt, kaum von irgend Jemand bestritten werden. Wohl aber fehlt es auch heutzutage nicht an namhaften Juristen, die die erste Voraussetzung leugnen und mit Entschiedenheit behaupten,

„das Gewohnheitsrecht sei nur Recht, wenn und soweit es vom Gesetzgeber (Herrscher) stillschweigend genehmigt sei".

Den besten Gegenbeweis wird nun allerdings die gesammte weitere Ausführung liefern, daß Staatsgewalt und

Staatsgesetze ihre rechtlich bindende Kraft selbst in einer voraus- bez. stetig nebenhergehenden Rechtsanerkennung der Staatsgenossen finden, nicht also der unmittelbar in der Gewohnheit auftretenden erst solche Kraft zu geben brauchen. Vorläufig aber wäre die Berufung auf diese Wahrheit eine petitio principii; es kann sich für jetzt bloß darum handeln, ob die Unhaltbarkeit der gegnerischen Behauptung nicht schon aus anderen allgemein anerkannten oder doch leicht nachweisbaren Thatsachen sich ergiebt.

13. Die meisten Vertreter der herrschenden Ansicht selbst haben uns in dieser Beziehung gar kein oder doch nur sehr unzureichendes Beweismaterial an die Hand gegeben. Von den beiden Gründen, die Puchta (Gewohnheitsrecht I. S. 209 ff.) gegen die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers anführt, ist der eine — beiläufig höchst ungenügend von ihm motivirte — identisch mit dem oben bemerkten, vorerst zurückgestellten; der andere dagegen ist nichts als eine Verweisung auf seine eigenen positiven Ausführungen über den Begriff des Gewohnheitsrechts, die gerade durch Widerlegung der gegnerischen Ansicht hätten gerechtfertigt werden sollen. Ungleich beachtenswerther ist, was Regelsberger (Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. IV, S. 333 f. bes. 336) gegen Reinhold Schmid und Ernst Meier ausgeführt hat. Als eigentlich entscheidend bezeichnet zwar auch er das schon genannte, jedenfalls den theokratischen und naturalistischen Theorien gegenüber nicht ohne Weiteres verwendbare Argument, daß der Staat selbst nur als Product des Rechts begriffen werden könne, aber er fügt zugleich

einige andere Erwägungen hinzu, die zum Theil schon vorausgenommen haben, was ich meinerseits für jetzt zu sagen habe.

14. Der Satz, daß Gewohnheitsrecht überhaupt als Recht nur denkbar sei unter Voraussetzung der Genehmigung des Gesetzgebers als des einzigen normalen Subjects der Rechtserzeugung, kann einen doppelten Sinn haben. Er kann entweder ausdrücken wollen, daß die gesetzgeberische Genehmigung für jeden einzelnen Gewohnheitsrechtssatz nothwendig, oder auch nur daß dieselbe ein- für allemal für alles Gewohnheitsrecht gegeben sei. Im ersteren Sinne verstanden macht er die Geltung jedes einzelnen Gewohnheitsrechtsatzes vom Hinzutritt jener Genehmigung abhängig, führt also ganz unumgänglich zu der Schlußfolgerung, daß dieser Hinzutritt ebenso bewiesen bez. notorisch sein muß, wie die vorausgegangene Uebung. Wenn trotzdem eine solche Forderung nie gestellt worden ist, so liegt darin allein schon die ausreichende Widerlegung. Versteht man dagegen den Satz in dem zweitgedachten Sinne, so müßte mindestens die im Voraus erfolgte Genehmigung erweisbar sein. Gerade für die Perioden der Rechtsgeschichte aber, in welchen das Gewohnheitsrecht seine hervorragendste Rolle spielt, dürften auch die Gegner der herrschenden Ansicht schwerlich auf die Erbringung dieses Beweises hoffen.

15. Wichtiger noch scheint mir eine andere Erwägung. Angenommen einmal, eine Genehmigung des Gewohnheitsrechts ließe sich in der einen oder andern Weise für alle Fälle nachweisen, in denen die Existenz von Gewohnheitsrechtssätzen schlechterdings nicht geleugnet werden kann, so ist

doch sehr die Frage, ob eine solche Genehmigung die Geltung derselben als Rechtssätze zu erklären vermöchte. Selbst die extremsten theokratischen oder naturalistischen Absolutisten denken sicherlich nicht daran, den Willen der Obrigkeit, des Herrschers, unter allen Umständen als Recht schaffend zu setzen. Die Formel „Recht ist der Wille des Herrschers" ist stets enger und zwar viel enger gemeint, als die Worte besagen; in Wahrheit ist unter dem „Willen" immer nur der als Gebot auftretende und sich äußerlich kundgebende Wille begriffen, niemals dagegen die bloße Billigung, Zustimmung, Genehmigung, niemals die bloße thatsächliche Befolgung gewisser Grundsätze seitens des Herrschers. Kein Machthaber hat jemals geglaubt, durch einfache Billigung oder Genehmigung oder Selbstbefolgung eines Grundsatzes diesen zum Rechtssatze zu erheben. Im günstigsten Falle begründen solche Acte eine rechtliche Erlaubniß, dem fraglichen Grundsatze gemäß zu handeln, aber woher eine Rechtspflicht kommen, wie der Gewohnheitsrechtssatz durch bloße Genehmigung des Gesetzgebers rechtlich verbindende Kraft erlangen soll, bleibt völlig unbegreiflich.

16. Diese Argumente treffen auch dann zu, wenn man mit Reyscher das Gewohnheitsrecht als autonomisches Recht zu construiren versucht. Woher, müßte man doch auch hier wiederum fragen, erhalten denn die das Gewohnheitsrecht bildenden „Gesetze, die das Volk oder seine Theile sich selbst geben", ihre verbindende Kraft?

Soll dieselbe erst aus der Mitwirkung der Staatsgewalt sich ergeben, so genügt eben nach dem Obigen schlechterdings

nicht die bloße „Genehmigung“, der bloße „Beitritt“, sondern es bedürfte des Gebotes, der Verordnung, des Gesetzes. Will man sie dagegen aus dem entnehmen, was die Autonomie schon ohne den Willensausspruch des „Herrschers“ oder „Gesetzgebers“ ist, so hat damit dieser Wille offenbar aufgehört, ein constituirendes Moment dieser Art von Rechtsbildung zu sein; die Unhaltbarkeit der theokratischen und naturalistischen Ansichten, die Nothwendigkeit, für das Gewohnheitsrecht einen andern Grund zu suchen, wäre also mit dieser letzteren Meinung selbst zugestanden.

17. Ich könnte mir vielleicht selbst noch den Einwurf machen, ob es nicht möglich wäre, zwischen der Geltung des Gewohnheitsrechts (als autonomischen Rechtes) an sich, d. h. der Geltung für die Genossen des betr. Kreises und der Geltung vor den Organen des Staates zu unterscheiden? Allein einmal würde der gegnerischen Ansicht mit diesem Einwurf schon darum sehr wenig gedient sein, weil die fragliche Unterscheidung von einem Standpunkte aus, der alles Recht ausschließlich vom Staate oder vielmehr nur vom Staatsgesetzgeber abgeleitet zeigt, sofort unmöglich ist. Eine rechtliche Geltung an sich, d. h. für die Genossen des betr. Kreises im Gegensatze zu der rechtlichen Geltung im Staate giebt es ja eben von solchem Standpunkte aus nicht. Andererseits bleibt selbst nach jener Scheidung unerklärbar, wie auch nur die nachfolgende „Geltung im Staate“ durch einfache Genehmigung des Gesetzgebers begründet werden sollte. Denn das Characteristische dieser „Geltung im Staate“ ist doch immer wieder nicht das bloße Erlaubtsein, sondern die verbindende Kraft für die

Staatsgenossen als solche, insbesondere für die richterlichen und ausführenden Organe der Staatsgewalt. Unsere Gegner müßten also für alles Gewohnheitsrecht nicht bloß die Genehmigung des Gesetzgebers in einer oder der andern obgedachten Form, sondern entweder für die einzelnen Gewohnheitsrechtssätze oder für alle im Voraus ein Gebot des Gesetzgebers behaupten und beweisen können, durch welches denselben jene verbindliche Kraft für die Staatsgenossen und namentlich die Staatsorgane als solche erst gegeben wäre. Das will sagen: sie müßten behaupten und beweisen können, woran bis jetzt wohl Keiner von ihnen gedacht, geschweige denn geglaubt hat.

18. Eine ganz andere Frage ist freilich, ob nicht die sog. derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrechte nur auf eine stillschweigende oder ausdrückliche Zulassung seitens des Gesetzgebers zurückzuführen ist. Für die vorliegende Aufgabe indessen hat diese Frage gar keine Bedeutung. Denn die gesetzgeberische Genehmigung könnte, wie ich gezeigt habe, immer nur das Zurückweichen des Gesetzesrechtes erklären, nicht aber die positiv verpflichtende Kraft des Gewohnheitsrechts, die im Mangel eines gesetzgeberischen Gebotes auf einen andern, von dem gesetzgeberischen Willen unabhängigen Grund zurückgeführt werden muß. Ob andererseits mit dem Nachweise dieser selbsteigenen Kraft der Gewohnheit nicht im Grunde auch die derogatorische Kraft erwiesen ist, mindestens in der Beschränkung, wie sie Windscheid neuerdings (in der 4. Aufl. seines Pandektenlehrbuches, I. § 18 bes. n. 3) vertheidigt hat, — mag hier

dahingestellt bleiben. Ich für meine Person sehe allerdings durchaus nicht ein, wie man die Möglichkeit einer Ueberwindung des Gesetzesrechts durch Gewohnheitsrecht und zwar auch nöthigenfalls die Ueberwindung eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbotes leugnen will, sofern man die Kraft des Gewohnheitsrechts als eine selbsteigene nicht schlechtweg zu leugnen vermag. Doch für meine gegenwärtige Beweisführung ist, wie schon gesagt, jedes nähere Eingehen auf diese beliebte Controverse überflüssig.

III.

19. Gewichtiger noch, als die Thatsache des Gewohnheitsrechts spricht m. E. ein anderer Umstand gegen die religiös-politischen, wie die naturalistisch-absolutistischen Ansichten vom Rechte. Beide Ansichten basiren nämlich das Recht auf Gründe, die für sich allein in der That niemals Recht schaffen, sondern günstigsten Falls immer nur, wenn zugleich noch andere Voraussetzungen erfüllt sind, die mit den von mir in Anspruch genommenen wesentlich identisch erscheinen.

Noch mehr. In den Begriffen „Obrigkeit“ und „Herrscher“ ist meine eigenste Voraussetzung schon stillschweigend als erfüllt mitgesetzt.

20. Gehen wir zunächst daran, diese beiden Sätze in Beziehung auf die erste Ansichtengruppe näher zu begründen.

Alle religiös-politischen Ansichten machen, kurz zusammengefaßt, folgenden Schluß:

Die unbedingt bindende Kraft des göttlichen Gebots

bedarf keines weiteren Beweises. Nun fordert dasselbe den Staat als eine allgemeine zwingende Ordnung und für die zwingende Gewalt, die Obrigkeit, den Gehorsam der Unterthanen. Die Gebote dieser Obrigkeit, deren bindende Kraft aus dem Obigen von selbst folgt, sind das Recht; was sonst auf diesen Namen Anspruch macht, ist es genau genommen nur, weil und sofern es von der Obrigkeit aufrecht erhalten wird.

21. Ich gebe meinerseits die erste Prämisse schlechthin zu. Jene verpflichtende Kraft folgt von selbst aus dem Dasein eines Gottes im christlichen Sinne, und eben dieses Dasein ist *mir* im Glauben unmittelbar gewiß. Aber eben so gewiß wird diese verpflichtende Kraft *von dem nicht empfunden*, der an einen Gott als an ein persönliches, ethisch vollkommenes Wesen nicht glaubt. Wenn nun das, was Juristen bisher Recht nannten, nicht nur bei Gottgläubigen, sondern auch bei Ungläubigen als Recht gilt, so muß diese *Geltung* doch wohl zum Theil auf Anderem beruhen, als auf einem göttlichen Gebote.

22. In noch bedeutend erhöhtem Maße stellen ähnliche Bedenken gegenüber der zweiten Prämisse sich ein. Jenen ersten Einwurf, daß schon der Zweifel an dem Dasein Gottes bei consequenter Durchführung der religiös-politischen Ansicht auch das Recht in Frage stelle, mag man allenfalls leichthin zurückweisen mit der Erwägung, daß eine größere Zahl der Gottesleugner die Unterordnung unter den göttlichen Willen instinctiv anerkenne, während der verschwindende Rest in Wahrheit auch das Recht leugne, nur seine Wirksamkeit nicht zu hemmen vermöge. Bei der zweiten Prämisse

verbietet sich dieser Ausweg von selbst. Das Volk, das wir seit Jahrhunderten als das Rechtsvolk κατ' ἐξοχήν betrachten, so sehr es auch den Menschen in erster Linie nach seiner Stellung im Staate faßte, und so peinlich es andererseits darauf hielt, bei jeder Staatsaction die Geneigtheit der Götter zu erforschen, hat dennoch nicht im Mindesten daran gedacht, die Geltung oder verbindliche Kraft der Magistratserlasse und Comitialbeschlüsse auf ein göttliches Gebot zu gründen. Bekanntlich hat es vielmehr das Jus (dessen Rechtsqualität doch wohl auch der fanatischste Anhänger theokratischer Ansichten nicht leugnen wird) und das Fas stets streng auseinander gehalten.

23. Freilich kann der göttliche Wille auch gedacht werden als die innere Seite eines viel weiter greifenden göttlichen Handelns, und so insbesondere auch einer unmittelbaren göttlichen Einwirkung auf die Menschen. Und offenbar ist dieses göttliche Wirken im Menschen ebensowohl möglich bei demjenigen, der keine Ahnung davon hat, als bei dem, der solches Wirken bewußt voraussetzt. Daß also in diesem Sinne der göttliche Wille Ursache der Geltung des Rechts im römischen Volke gewesen sei, das wird der Determinist gewiß behaupten müssen, jeder Andere wenigstens nicht einfach leugnen können. Allein den eigentlich religiös-politischen Theorien dürfte mit alledem wenig geholfen sein. Für den, der alles menschliche Handeln einzig auf göttliches Wirken zurückführt, sind Gebote an einen menschlichen Willen, göttliche wie menschliche, ebenso sinnlos, wie auf der anderen Seite ein Gehorsam für den unmöglich ist, der in der einen Hälfte von Fällen gar nicht ungehorsam

sein kann, in der anderen schlechterdings sein muß. Für denjenigen dagegen, der jenes göttliche Wirken darauf beschränkt, in dem Menschen gewisse Gefühle der Verpflichtung, der Unterordnung hervorzurufen, zugleich aber dem Menschen die Freiheit zuerkennt, diesen Gefühlen gemäß oder entgegen zu handeln, sind allerdings die Begriffe „göttliches Gebot“ und „menschlicher Gehorsam“ gewiß nicht mehr an sich widersinnige; aber ebenso sicher ist jenes göttliche Wirken nicht göttliches Gebot, gleichwie andererseits das etwa von Andern erkannte übereinstimmende göttliche Gebot nicht Grund jener Gefühle.

24. Ueberhaupt ist ein göttliches Gebot im strengen Sinne des Wortes nur denkbar unter Voraussetzung einer speziellen Offenbarung, wie sie die jüdische und christliche Religion und im ausgedehntesten Maße der Muhamedanismus annehmen; die Offenbarung im Gewissen kann selbst für den, der an sie im Allgemeinen glaubt, kein reines Gottesgebot ergeben. Denn — ganz abgesehen davon, daß Unzählige das, was der Eine als göttliche Offenbarung ansieht, gar nicht oder nur als eine menschliche Erregung, noch Andere geradezu Widersprechendes empfinden, — die Auffassung und Formulirung als Gebot ist doch unter allen Umständen zugleich Sache des menschlichen Geistes. Ein objectiver Maßstab aber, an dem sich mit einiger Sicherheit messen ließe, ob oder wie viel des Göttlichen in dem Gebote steckt, ist bis jetzt nicht gefunden.

25. Wer also ein wissenschaftliches System auf ein „göttliches Gebot“ bauen will, der muß von einem auch der Form nach speziell geoffenbarten ausgehen. Sofort ist

jedoch auch klar, daß ein solches besonders geoffenbartes göttliches Gebot Wirksamkeit nur da haben, insbesondere der Obrigkeit ein bestimmtes Ansehen nur da geben kann, wohin die Kunde davon nicht nur gekommen, sondern auch als Offenbarung aufgenommen worden ist. Für Völker und Staaten, die nichts wissen von solcher Offenbarung, ist das Gebot als Gebot nicht wirksamer, als bevor es zum ersten Male geoffenbart war. Wiederum müssen wir also schließen: solche Völker oder Staaten haben entweder noch gar kein Recht, oder die Geltung des Rechtes, das sie dennoch haben, muß einen andern Grund haben als ein göttliches Gebot.

26. Aber selbst, wenn wir von alledem absehen, wenn wir einmal das göttliche Gebot in völlig undenkbarer Weise schlechthin, d. h. auch da als wirksam setzen wollten, wo es gar nicht geglaubt, ja nicht einmal gekannt wird, — wem zu gehorchen soll denn eigentlich durch das behauptete göttliche Gebot geboten sein? — Man ist freilich sehr schnell mit der Antwort bei der Hand: „der Obrigkeit". Aber ist sie darum auch richtig? Oder wenn wir das zugeben möchten, was ist damit in Wahrheit gesagt?

27. Der Ausdruck „Obrigkeit" verdankt seine technische wissenschaftliche Verwendung nicht bloß seitens der theokratischen Theorien, sondern überhaupt seitens Aller, die ihre Grundanschauungen über Recht und Staat irgend an die heilige Schrift knüpfen, im hervorragenden Grade der Uebersetzung Luthers und zwar insbesondere der bekannten Stelle des Römerbriefes (13, 1—7). Ich will dahin gestellt sein lassen, ob es ganz correct war, das Wort *ἐξουσία* im

Plural und Singular gleichmäßig durch Obrigkeit wiederzugeben. Jedenfalls aber bezeichnete das fragliche deutsche Wort im Sprachgebrauche des 16. Jahrhunderts nicht bloß die höchste Gewalt, sondern ganz ähnlich wie die potestas der Vulgata jede rechtliche Herrschaftsgewalt über Menschen.

Andererseits ist sicher: wie man auch den Begriff „Obrigkeit" definiren möchte, in der Bibel selbst ist er nicht definirt, sondern die Gewißheit darüber, wer Obrigkeit sei, vorausgesetzt. Damit ist die Entscheidung gerade in dem Kernpunkte auf das menschliche Gebiet verwiesen. Denn eine besondere Offenbarung für jeden einzelnen Fall anzunehmen, wäre selbst für den eifrigsten Offenbarungsgläubigen ein wenig zu kühn; bisher hat es wenigstens Niemand gewagt*).

28. Es bleiben also nur die Menschen übrig, um nicht nur zu beurtheilen, ob die Merkmale des Obrigkeitsbegriffs in concreto vorhanden sind, sondern überhaupt erst diesen Begriff festzustellen. Und zwar ist Letzteres, wenn wir von

---

*) Auch Stahl ist weit davon entfernt, dergleichen zu behaupten, wenn er (Rechtsphilosophie II, 2. S. 177 der 3. Aufl.) sagt: „Die göttliche Institution der Obrigkeit betont nicht bloß, daß der Staat überhaupt Gottes Gebot sei, sondern auch, daß überall die bestimmte Verfassung, die bestimmten Personen der Obrigkeit Gottes Sanction haben." Denn wenn er im Voraus zugesteht, daß sich jedes Ansehen der Obrigkeit, „wenn auch auf Gottes Gebot und Ordnung, so doch nicht auf Gottes unmittelbare That" gründe, so soll eben, wie er ausdrücklich hinzufügt, „die völlige Freiheit des Menschen, der Nation, in dieser oder jener Verfassung zu leben, unverkürzt bleiben".

gebe ich vielmehr zu, daß auch der Glaube an ein Gehorsam forderndes göttliches Gebot Ursache des Ansehens der Staatsgewalt und somit auch der Geltung der Staatsgesetze sein kann; der Glaube ist ja gerade eine Anerkennung der allerintensivesten Art. Was ich bestritten und, wie ich hoffe, auch ausreichend widerlegt habe, war dagegen, um dies nochmals zusammenzufassen, Folgendes:

1) daß das göttliche Gebot an sich, also auch das nicht geglaubte oder gar noch nicht kundgewordene schon die gedachte Bedeutung haben könne;

2) daß der Glaube an ein derartiges göttliches Gebot der einzige zureichende Grund der Geltung von Staatsgesetzen sei;

3) daß der christliche Glaube in sich selbst schon eine bestimmte Vorstellung von dem zum Gebieten berufenen Subjecte oder mit anderen Worten von der Obrigkeit besitze;

4) daß dieses Subject anders zu bestimmen sei, als entweder durch ein Recht, das bewußt oder unbewußt vorausgesetzt wird und seinen Grund mithin nicht erst in der Obrigkeit haben kann, oder durch die reine Thatsache der Gewalt.

stehen bleiben, sondern muß dieses Verhältniß näher bestimmen. Und hier zeigt sich am deutlichsten ihre Schwäche. Unwillkürlich führt jeder Versuch in dieser Richtung wieder in die erste Auffassung hinein. Völlig auf der Hand liegt dies bei den Legitimisten, die als von Gott berufene Obrigkeit schließlich doch nur die rechtmäßige, insbesondere durch Erbsuccession erworbene Obrigkeit gelten lassen wollen. Nicht anders aber liegt in Wahrheit die Sache auch bei denen, die das Kennzeichen der Obrigkeit in der Durchführung einer gewissen Aufgabe, insbesondere in der Aufrechterhaltung der Ordnung, nöthigenfalls durch Gewalt, finden möchten. Denn soll dies wirklich Kennzeichen der Obrigkeit sein, so würde ein Zuwiderhandeln gegen jene Aufgabe den Zuwiderhandelnden des Characters der Obrigkeit entkleiden; es würde also mindestens ein allgemein oder doch innerhalb des fraglichen Gebietes anerkannter Grundsatz des Zusammenlebens als Richtschnur für, als Recht über und vor der Obrigkeit gesetzt.

So bleibt dem consequenten Theokratiker schließlich nur noch übrig, an der reinen Thatsache des Herrschens, des Machtbesitzes sich genügen zu lassen, — das will sagen: dem naturalistischen Absolutismus die Hand zu reichen.

30. Bevor ich jedoch meine Polemik gegen die religiös-politischen Theorien gänzlich schließe, mag, um Mißverständnisse zu verhüten, noch eine kurze Verwahrung Platz finden.

Nie habe ich geleugnet, daß die Anerkennung, die nach meiner Ansicht einen Satz zum Rechtssatze macht, auch ein religiöses Gepräge haben dürfe. Gern

daß darum auch die Reaction, die sich in der naturalistischen Theorie von Zeit zu Zeit gegen andere, die Gewalt allzugeringschätzende Ansichten vollzog, eine nicht ganz unberechtigte ist. Allein wiederum muß ich behaupten: die thatsächliche Gewalt ist weder der einzige Entstehungsgrund staatlichen Rechts, noch da, wo sie als Entstehungsgrund bezeichnet werden darf, der für sich allein schon zureichende.

32. Ich möchte mit meinem Freunde Hölder nicht darüber streiten, ob wirklich der Dahlmann'sche Satz: „Die Urfamilie ist der Urstaat" so unhaltbar ist, wie er (Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, Bd. XXVI, S. 623) meint. Der Ausdruck ist kein so glücklicher, als gar Mancher bisher annahm; eine Urfamilie, etwa gar vom Darwin'schen Standpunkte aus gedacht, wäre jedenfalls alles Andere eher als ein Staat. Andererseits wird auch Hölder mir wohl zugeben, daß beispielsweise eine Auswandererfamilie, die unabhängig von irgend einer Staatsgewalt auf einer unbewohnten Insel sich ihr Heim gründet, vielleicht auch in der Folge sich auf friedlichem Wege zu einem größeren Gemeinwesen entwickelt, schon von Anfang an, sofern man sie nicht aller ihr Zusammenleben thatsächlich beherrschenden Grundsätze baar denken will, Rechtsgemeinschaft ist. Will er sie trotzdem nicht sofort Staat nennen, so kann ich ihm darin vollkommen beistimmen. Dagegen dünkt mich, der absolutistische Naturalismus, der überhaupt kein Recht außer im Staate zuläßt, müßte in der That hier schon von einem Staate reden.

33. Noch weniger, wie die allmählige Entwickelung des Staates aus der Familie, wird man die Möglichkeit der Entstehung durch Vertrag leugnen können. Das Beispiel der neuen deutschen Reichsgründung spricht heute zu deutlich, — von älteren Beispielen wie der Gründung des ersten Neuengland-Staates am Bord der Mayflower, der Bildung der Nordamerikanischen Union und anderer Bundesstaaten ganz zu geschweigen. Constantin Frantz meint freilich, in allen solchen Fällen sei der Staat nur scheinbar durch Vertrag begründet, in Wahrheit Product der natürlichen Bedürfnisse. Aber eben so gut pflegt auch eine Societät, ein Darlehns- oder Miethverhältniß, überhaupt jedes durch Vertrag begründete Verhältniß, ein Product natürlicher Bedürfnisse zu sein; man muß also entweder den Vertrag überhaupt als Entstehungsgrund von Verhältnissen zwischen Menschen streichen oder man muß ihn als solchen anerkennen ohne Rücksicht, wie dringend die Motive waren, die auf den in ihm niedergelegten Willen einwirkten.

Und offenbar ist mit dem Vertrage, der einen Staat begründet, auch ein Recht gesetzt bezw. schon vorausgesetzt. Denn einestheils ist der Vertrag selbst gar nicht anders denkbar, wie als ein Complex von Normen über Subject und Inhalt der dadurch zu schaffenden Gewalt; anderntheils — und das ist noch wichtiger — hat der ganze Vertrag nur Sinn unter der Voraussetzung, daß der Vertrag die Vertragschließenden wirklich binde, und dies ist, wie ich schon in § 2, 3 andeutete und später noch näher zu erörtern haben werde, wiederum nur verständlich, wenn man den Grundsatz, daß ein solcher Vertrag binde, als logisch

schon vorher vorhanden, d. h. als anerkannte Rechtsgrundlage des Vertrags ansieht. Die Gewalt ist also hier nicht nur nicht für den Staat, sondern auch gerade für den eigentlich fundamentalen Theil des Rechtes nicht Entstehungsgrund.

34. Eine andere Frage ist, ob nicht auch in den vorgedachten Fällen die im Staate constituirte Gewalt speziell als Gewalt einziger Grund des Fortbestandes des Rechts im Staate sei. Allein theils spricht schon die Möglichkeit eines andern Entstehungsgrundes zum Mindesten für die Möglichkeit eines anderen selbständigen Erhaltungsgrundes; theils folgt geradezu die Nothwendigkeit, auch andere Erhaltungsgründe anzunehmen aus dem unbestrittenen Satze, daß eine gewaltsame Aenderung der Staatsgewalt, ja selbst die Bildung neuer Staaten an Stelle der alten gar nicht sofort und schlechtweg alles bisherige Recht aufhebt, während bei Bejahung jener Frage nicht bloß jede Staatsänderung, sondern überhaupt schon jeder Gewaltwechsel auch einen vollständigen Rechtswechsel mit sich führen müßte.

35. Weiter! Auch da, wo die thatsächliche Gewalt zweifellos ihre Rolle für Entstehung und Erhaltung des Rechtes spielt, ist sie doch sicherlich niemals der allein schon zureichende Grund derselben. Daß der Mächtige herrscht, daß die weniger Mächtigen ihm gehorchen, ist eine Erfahrungsregel, die sich als solche kaum bestreiten lassen wird. Allein sie ist weder eine ausnahmslose, noch würde daraus — selbst bei völliger Uebereinstimmung der bezüglichen Erfahrungen — auf der einen Seite ein Recht auf Herrschaft, auf der andern eine Pflicht zum Gehorsam zu folgern sein.

36. Ein stillschweigendes Zugeständniß in dieser Hinsicht machen alle diejenigen, die wie Spinoza und Haller jene Erfahrungsregel zu einem allgemeinen Gesetze erheben, das sie aus der Natur des Göttlichen ableiten. Sie gründen eben das Recht nicht auf die Gewalt an sich, sondern auf eine höhere Ordnung der Dinge, vermöge deren Herrschaftspflicht und Gehorsamspflicht nur zwei andere Ausdrücke sind für ein bestimmtes Verhältniß von größerer und geringerer Macht.

Und das gleiche Zugeständniß machen uns bewußt oder unbewußt auch alle die, welche die Unterordnung Aller unter den Stärksten irgend auf einen Zweck zurückführen. Mag der letztere hoch oder niedrig gegriffen, mag er in die Selbsterhaltung, oder in die Lust schlechtweg, in das wohlverstandene Interesse oder den Nutzen Aller, oder in sonst was gesetzt werden, immer erscheint dann der Zweck als Grund, daß der Mächtige sich als berechtigt, der Schwächere sich als verpflichtet weiß, nicht das Machtverhältniß selbst.

37. Ein ernstlicher Versuch, psychologisch nachzuweisen, daß schon der bloße Besitz der Macht das Bewußtsein, durch seine Gebote binden zu dürfen, die Thatsache der Schwäche, das Bewußtsein des Verpflichtetseins erzeugen müsse, ist bisher kaum gemacht worden, geschweige denn gelungen. In der That wäre er aber auch nur dann nicht ganz hoffnungslos, wenn das Gefühl des Machtbesitzes und der Berechtigung, sowie andererseits von Schwäche und Verpflichtung, in einem constanten Verhältnisse zusammen aufgezeigt werden könnten. Zwar wäre auch daraus noch nicht nothwendig zu folgern, daß der Grund dieses constanten Ver-

hältnisses in der Macht und resp. Schwäche selbst, und nicht etwa in einem dritten mitwirkenden Elemente zu suchen sei. Aber die fragliche Anschauung stellte sich dann wenigstens nicht sofort als unmöglich dar. Jenes constante Verhältniß ist jedoch nicht nur als vorhanden nicht zu erweisen, sondern geradezu als nicht vorhanden zu behaupten.

Der Beweis dieser Behauptung wird allerdings dadurch erschwert, daß über Gewaltacte, die wir selbst erleiden oder vollziehen, unsere innere Erfahrung meist nicht unbefangen genug, weil durch zweifellose Rechtsgebote einer höchsten Gewalt schon beeinflußt ist. Direct kann er jedenfalls nur unter Beziehung auf Gebote der höchsten Gewalt selbst geführt werden. Einen Beweis dieser Art liefert m. E. der Ungehorsam Einzelner gegen ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit. Ob letztere begründet sei oder nicht, ist dabei völlig gleichgültig; jedenfalls paart sich hier öfters das positive Gefühl der Nichtverpflichtung mit dem der Ohnmacht gegen die Gewalt.

Doch dürfte auch eine andere Ueberlegung zu gleichem Ziele führen. Sollte wirklich dem Machtgefühl auch stets das Rechtsgefühl, dem Schwächebewußtsein das Pflichtbewußtsein entsprechen, so müßte dies offenbar auch auf die schwersten durch Gewalt verübten Verbrechensarten, als Raub, Nothzucht u. dgl. Anwendung leiden, sofern sie als vor der Staatsgründung begangen gedacht werden. Ich glaube nicht, daß nach einer ernstlichen Erwägung dieser Consequenz noch Viele an dem Satze „Macht = Recht, Schwäche = Pflicht" festhalten würden. Zwar ist m. E. richtig — und dies mag Manchen schon irre gemacht haben —, daß selbst

solche Handlungen als Verbrechen nur dort und deshalb zu bezeichnen sind, wo und weil sie mit Strafe bedroht sind; und Strafdrohung, wie Strafvollziehung setzen freilich stets eine gewisse höhere Macht voraus. Aber richtig ist dies doch eben nur insofern, als der juristische Sprachgebrauch zu dem Begriffe des Verbrechens die Strafe als integrirendes Merkmal voraussetzt, dagegen auch dem schwersten und zweifellosesten Unrechte, dem dieses Merkmal mangelt, jenen speziellen Titel versagt. Die Frage, was Unrecht sei, bleibt also durch das gemachte Zugeständniß unberührt. Wohl aber spricht eine natürliche Vermuthung dagegen, daß das, was noch jeder einigermaßen entwickelte Staat als schweres Unrecht mit Strafe belegt, will sagen zum Verbrechen erhoben hat, vor der Staatsgründung gerade umgekehrt im besten Einklange mit dem letzten Grunde alles Rechtes stehen sollte.

38. Wer trotz alledem von dem Satze „Macht ist Recht" nicht lassen will, der wird wenigstens ehrlich die Consequenzen ziehen müssen, als da sind:

Das Recht der Staatsgewalt unterscheidet sich von dem des glücklichen Räubers nur nach Maß und Umfang der Sache, nicht dem Wesen nach. Schranke des Rechts der Staatsgewalt kann daher immer nur eine fremde thatsächliche Macht sein. Was Andere als Rechtsschranke bezeichnen, sind theils Moralsätze, theils Klugheitsregeln, um die Macht zu behalten. Verfassungen sind nur insoweit Recht, als sie momentan dem Machtverhältnisse entsprechen; jeder Machtzuwachs des Herrschers ist zugleich eine Entbindung von Verfassungsverpflichtungen

gegen den schwächeren Theil. Gleichwie andererseits nur der glückliche d. h. ausreichend mächtige Räuber Recht hätte gegenüber dem Schwächeren, der sich berauben läßt, nicht auch der zufällig schwächere Angreifer gegenüber dem wider Erwarten stärkeren Angegriffenen, so hat auch die Staatsgewalt nur Recht gegenüber dem wirklich Schwächeren; der Stärkere hat auch gegenüber der Staatsgewalt stets Recht. In's Praktische übersetzt: die Unterthanen, nicht nur in der Gesammtheit, sondern überhaupt nur in einer nach Umständen zureichenden Zahl haben stets Recht gegenüber dem Fürsten oder sonstigen obrigkeitlichen Organen. Letztere gebieten mit rechtlich verbindlicher Kraft nur, sofern sie die Unterthanen in zureichender Zahl für sich haben.

39. Ich bin auf den Vorwurf gefaßt, diese Consequenzen beruhten auf einer Uebertreibung, ja Entstellung der naturalistischen Theorien. Dies mag insofern nicht ganz ungegründet sein, als unter einer immerhin nicht unbeträchtlichen Zahl von Gelehrten und Praktikern, die unter der Devise kämpfen „Macht ist Recht", nur sehr Wenige dies ganz ernstlich meinen. Weitaus die Meisten erkennen neben der Macht noch eine oder die andere Bedingung an, die das gedachte Prinzip stillschweigend wieder aufhebt oder zum Mindesten abschwächt, so daß dann freilich jede strenge Schlußfolgerung ausgeschlossen ist. Gerade in diesen unbewußten Beschränkungen erblicke ich aber das größte Hinderniß des Fortschritts; nur aus ihnen wird m. E. begreiflich, daß die Apologien der reinen Macht als Grundlage des Rechts immer noch einen Boden finden. Ein rücksichtsloses

Durchdenken des fraglichen Prinzips, insbesondere der letzten Consequenzen, die ich eben zu ziehen hatte und vor Allem (was ich bisher selbst noch nicht näher berührt habe) eine gründlichere Prüfung des Machtbegriffes hätte längst zu der allgemeinen Erkenntniß führen müssen, daß der Satz „Macht ist Recht" höchstens in einem gerade entgegengesetzten Sinne begründet sei, zu der Erkenntniß, daß diese Macht, die als allein Recht schaffend gedacht zu werden pflegt, gerade umgekehrt nur als Product des Rechts überhaupt denkbar ist.

40. Wir haben in den §§ 28, 29 gezeigt, daß die „Obrigkeit" der religiös-politischen Theorien, soweit nicht schon andere Erwägungen dazu führten, diesen Begriff als einen durch das Recht gegebenen zu fassen, in der Sache mit dem „Herrscher" oder „Machtbesitzer" der naturalistischen Theorien durchaus identisch ist. Versuchen wir nun weiter in ähnlicher Weise die letzteren Begriffe zu analysiren, so ist zuerst klar, daß von allen jenen Theorien bei dem Worte „Herrschaft" oder „Macht" sofort an eine ganz bestimmte Art von Macht gedacht wird. Regelmäßig wird das, was Allen von der Staatsmacht aus Erfahrung bekannt ist, zum Mindesten aber eine Macht über einen größeren Kreis von Menschen und zwar von nicht bloß momentaner Dauer vorausgesetzt. Das ist bereits eine jener unwillkürlichen Beschränkungen des Machtprinzips, durch welche die von mir gezogenen Consequenzen theilweise ausgeschlossen werden, ohne daß es jedoch allen Vertretern des Prinzips gefiele, offen einzugestehen, daß dasselbe hiernach viel zu umfangreich lautet. Doch dies

jetzt nur nebenbei; sehen wir lieber weiter zu, wie denn eine Macht, wie sie die betreffenden Theorien wirklich meinen, zu Stande kommt.

41. Macht ist im Allgemeinen das Vermögen, mit einem Dinge zu machen, was man will. Macht über Menschen ist hiernach in doppelter Weise denkbar: als Macht über den äußeren Menschen, wie über eine Sache, und als Macht über das Seelenleben, insbesondere den Willen dergestalt, daß man über diesen Willen zu verfügen vermag. Ich will die erstere kurz die „physische“, die andere die „geistige“ nennen. In Wahrheit ist dies der einzige bis auf den Grund der Sache reichende Unterschied. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der geistigen Macht über den Willen die physische als Mittel dient, und theilweise auch umgekehrt. Nur wird sogleich sich zeigen, daß das Erstere nicht in dem Maße der Fall ist, wie man gewöhnlich annimmt, das Zweite dagegen um so häufiger übersehen wird, wo es wirklich vorhanden ist.

42. Die physische Macht, um mit dieser zu beginnen, bestimmt sich wesentlich nach dem mindestens annähernd meßbaren Verhältnisse der Körper- und Sinneskräfte, etwa unter Zurechnung der Sachen resp. Naturkräfte, die durch den betreffenden Inhaber in Bewegung gesetzt werden können. Daraus folgt schon, daß die physische Kraft des Einzelnen auch unter Hinzunahme jener unmittelbar verwendbaren Verstärkungsmittel einem größeren Kreise von Personen gegenüber, namentlich sofern sie nicht bloß als momentane, allenfalls auch die einzelnen Objecte isolirt fassende, sondern als dauernde Macht gegenüber allen zugleich

angeschaut werden soll, nicht mehr als Macht, sondern nur als Ohnmacht sich darstellen kann. Mit anderen Worten: eine physische Uebermacht des Einzelherrschers ist niemals vorhanden. Was wir gewohnt sind, als solche aufzufassen, sofern wir von seiner Macht reden, die Beobachtung seiner Gebote physisch zu erzwingen, ist nicht nur der Ueberzahl der Unterworfenen entgegen überhaupt verloren, sondern auch dem Einzelnen gegenüber fast immer nur eine geistige Macht über fremde Willen, die ihre physische Macht gemeinsam in seinem Dienste verwenden.

43. Man wird mir einhalten: „das sei freilich eine triviale Wahrheit, über die ich mir jedes Wort hätte sparen können, daß die vollendete Herrschermacht wesentlich Willensmacht sei, aber ich habe Unrecht von der Macht über Einzelne sofort auf einen großen Kreis überzuspringen. In der That sei die Sache so: die physische Einzelmacht erzeuge zunächst die geistige über Wenige, die physische Macht dieser Wenigen zusammen eine weitere geistige über Mehrere und so fort; der Anfang sei also doch die physische Macht."

Auch dies muß ich verneinen. Ich kann nicht zugeben, daß physische Macht über einen Menschen auch geistige über den Willen mit sich bringen müsse oder auch nur ohne eine bestimmte selbsteigene Haltung des Schwächeren hervorbringen könne. Wo physische Macht wirklich auf fremde Willen zu wirken scheint, ist es durch die Medien der Bewunderung oder Furcht. Nun folgen sicherlich diese beiden Gefühle nicht mit Naturnothwendigkeit der Vorstellung von

der physischen Macht eines Andern. Die Erfahrung beweist vielmehr, daß dieselbe Vorstellung auch Trotz und Wetteifer erzeugen kann, also Triebe, die einer Beeinflussung durch den fremden Willen ebensosehr entgegen sind, als die erstgenannten dafür. Und selbst wo Bewunderung oder Furcht bereits wirklich erregt ist, ist damit immer nur ein Motiv für eine bestimmte Willensentscheidung gegeben und sind daneben noch eine ganze Reihe anderswohin drängender Motive denkbar. Wäre also auch der Wille einfach Product aller Motive, so wäre die physische Macht dennoch kein sicheres Mittel, eine bestimmte fremde Willensentscheidung zu erlangen, wäre also noch nicht wahrhafte Macht über den Willen. Wahrhafte Macht über einen fremden Willen hätte vielmehr immer nur Derjenige, der das eigentlich entscheidende Motiv stets zu erregen oder zu liefern wüßte. Und welcher Mensch hätte dies jemals von sich behaupten können?

44. Noch weniger kann natürlich für Jeden, der an Willensfreiheit, an ein wahres Vermögen der Selbstbestimmung (wenn auch noch so beschränkt) glaubt, irgend zweifelhaft sein, daß ein menschliches Verfügen über fremde Willen ohne jedes eigene selbständige Zuthun der letzteren eine contradictio in adjecto ist. In der That dürfte dies aber mindestens für den Juristen genügen, da nicht nur das positive Recht aller bekannten Völker auf diesem Glauben in unverkennbarster Weise ruht, sondern bei genauerer Betrachtung die Begriffe: „Gesetz, Gebot, Rechtsnorm, Rechtsvorschrift, Rechtssatz“ und damit der Begriff des Rechts selbst nur unter der Voraussetzung eines zur Beob-

achtung fähigen, in so weit in der Regel freien Willens denkbar sind*).

Alle wirkliche Macht über fremde Willen ist also durch ein gewisses gleichzeitiges Entgegenkommen dieser Willen bedingt. Alles was man schon vor diesem Entgegenkommen so nennen wollte, ist nur die größere oder geringere Fähigkeit, dem fremden Geiste Motive näher zu bringen, die Beachtung zu finden pflegen, aber doch niemals schlechthin finden müssen. Ja, man wird offenbar noch weiter gehen und sagen müssen: *Nicht schon das Entgegenkommen im einzelnen Falle, sondern erst ein nicht auf einen einzelnen Fall beschränktes Indienststellen des Willens seitens der Willensinhaber unter den Willen des Dritten begründet dessen Macht als eine wahre und zumal dauernde Macht.*

45. Damit ist aber auch erwiesen, daß der Satz: „Macht ist Recht" gerade umzukehren ist in den anderen: „Ohne Recht keine Macht", wenigstens keine dauernde Macht über fremde Willen. Denn jene erste, nicht auf einen einzelnen Fall beschränkte Indienststellung einer Anzahl Willen, so kurz oder weit man sie fassen mag, ist nach

---

*) Auf die psychologische Formulirung und Begründung der Willensfreiheit näher einzugehen, muß ich verzichten. Nur das „Daß" ist Voraussetzung alles Rechts, die Hereinziehung des „Wie" könnte für die juristische Untersuchung leicht verwirrend wirken. (Reiche Literaturnachweisungen sowohl über die psychologische Frage, als über ihre Bedeutung für das Recht insbesondere s. jetzt bei *Binding*, Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. II, S. 3 ff.)

dem Gesagten nur vorstellbar als eine bewußte oder unbewußte Anerkennung von Grundsätzen für den eigenen Willen, durch welche dieser eine die Conformität mit gewissen Willensakten eines Dritten (des Herrschers) sichernde Richtung erhält. Mit anderen Worten: *jede Indienststellung von Willen unter einen anderen Willen ist nur möglich als Indienststellung unter einen das menschliche Zusammenleben beherrschenden Rechtsgrundsatz, Machtbildung in dem vorgedachten Sinne ist stets zugleich oder vielmehr in erster Linie Rechtsbildung.*

V.

46. Wenn ich den theokratischen und naturalistischen Theorien eine eingehende Untersuchung gewidmet habe, so bewog mich dazu theils die kaum zu leugnende Thatsache, daß dieselben bisher in Wahrheit weniger widerlegt, als verworfen worden sind, theils die Aussicht, in diesen, der meinigen offenbar am schroffsten gegenüberstehenden Ansichten dennoch gerade das als mindestens unbewußt vorausgesetzt aufzeigen zu können, was das Wesen meiner Anschauung ausmacht. Uebrigens mag man verschieden darüber denken, inwieweit unserer Zeit eine wissenschaftliche Widerlegung dieser Ansichten noch Noth thut.

Im Grunde völlig ebenso steht es aber auch mit der dritten und letzten Gruppe der ersten Ansichtenreihe, die ich in § 8 vorläufig als idealistische bezeichnet habe. Zwar sind es noch nicht zwei volle Jahrzehnte her, daß Lasalle im „System der erworbenen Rechte" (Bd. I, S. 192 f.) schreiben konnte:

„Die alleinige Quelle des Rechts ist das gemeinsame Bewußtsein des ganzen Volkes; der allgemeine Geist. Seit Hegel ist dieser Satz theoretisch so festgestellt, daß

er keines neuen Beweises bedarf. Seit Savigny ist er den positiven Juristen so eingeimpft, daß auch von ihnen kein Widerspruch mehr zu befürchten ist.“

Und die sogenannte organische Staatslehre, welche in neuerer Zeit zahlreiche Anhänger gefunden, sowie die verschiedenen Doctrinen von der Staatspersönlichkeit scheinen auf den ersten Anblick — trotz aller Gegensätze in den Ausgangspunkten und im Detail der Ausführung — sämmtlich auf dieselbe Anschauung von einem Volks- oder Staatswillen hinauszulaufen, der etwas von dem Willen aller Einzelnen total Verschiedenes ist. Sofort stellt sich indessen die Sache anders, so bald man die berührten Ansichten ernstlicher darauf prüft, was sie mit jener grundsätzlichen Unterschiedenheit von Gesammt- und Einzelwillen eigentlich meinen.

47. Ich bin selbst mehrere Jahre lang eifriger Anhänger der Krause-Ahrens'schen organischen Rechts- und Staatslehre gewesen, ohne doch bei dem Staats- oder Volkswillen an ein neben allen Einzelnen existirendes, höheres reales Wesen als Inhaber des fraglichen Willensvermögens zu denken. Ich bekenne mich heute, wie schon damals, zur Lehre meines verehrten Lehrers Albrecht von der Staatspersönlichkeit, immer in der gewissen Ueberzeugung, daß die Auffassung eines Gemeinwesens und so auch des Staates als Persönlichkeit „ein allbekanntes Mittel der juristischen Construction“ sei. Ich glaube auch von den Anschauungen Puchta's und Savigny's, die nach dem Zeugnisse meines Gegners Meyer theilweise meinen eigenen früheren Ausführungen zu Grunde liegen, mich nicht all-

zuweit entfernt zu haben, wenn ich aus ihren Erörterungen über die Rechtsbildung die volle Identität ihres „Volksgeistes" mit Hegels allgemeinem Geiste nicht herausgelesen habe. Und sollte ich mich in letzterer Hinsicht täuschen, wie denn in der That manche Aeußerungen und Schlußfolgerungen auf eine engere Verwandtschaft gedeutet werden können, so behandeln jedenfalls die Letztgenannten die Staatsgewalt, die Organe der Gesetzgebung, keineswegs als den natürlichen Mund des Volksgeistes, sondern gründen umgekehrt diese, ganz wie wir, einzig auf eine bestimmte, sie setzende Volksüberzeugung, d. h. also auf eine schon vorausgehende Rechtsbildung. Das sind Erfahrungen, nach denen ich mich keinesfalls für berechtigt halten darf, die Vorgenannten, das will sagen, die Hauptvertreter von dreien der obigen vier Ansichten unserer dritten Gruppe einzureihen.

48. Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, daß Andere, Juristen wie Nichtjuristen, die neuerdings unter gleicher Firma auftreten, mit den Begriffen „Organismus", „Staatspersönlichkeit", „Volksgeist" den Gedanken eines an und für sich seienden „realen" Wesens wirklich verbinden. Allein je entschiedener sie dies zu thun den Anschein haben, umsomehr darf man sich im Allgemeinen versucht fühlen, zu zweifeln, ob sie überhaupt mit ihren bezüglichen Ausführungen klare, faßbare Vorstellungen verbinden. Ich will mich begnügen, ein besonders eclatantes Beispiel hierfür anzuführen. Man höre Herrn Adolph Lasson, einen Schriftsteller, dem jedenfalls nachzurühmen

ist, daß er die schon vor ihm mehrfach herumspukende Ansicht von der „realen Existenz der juristischen Personen“ endlich einmal ausführlich zu begründen versucht hat*).

„Die gewöhnliche Einschränkung des Realitätsbegriffes“, sagt derselbe in seinem Buche über Prinzip und Zukunft des Völkerrechts (Berlin 1871, S. 128 f.), „müßte dahin führen, daß man zwar einem Stück Schwarzbrot die reelle Existenz zuschreibt, weil man es kauen und schlingen kann, aber Schiller's Gedichten oder Beethoven's Symphonien dieselbe abspricht, weil ja vielmehr immer nur die Schriftzeichen existieren, aus denen der Kundige die dadurch bezeichneten Laute und Wörter oder Töne zusammenzusetzen vermag, deren Aufeinanderfolge Schiller oder Beethoven erfunden hat. Und für den Dichter gehört gar noch weiter dazu, daß man auch seine Sprache verstehe und die durch die Wörter nur bezeichneten Vorstellungen in sich zu erwecken vermöge, um bei jedesmaliger Lectüre nur für sich dem Gedichte zur reellen Existenz zu verhelfen, die doch auch dann keine sinnliche Existenz ist. Es ist unmöglich, an dieser

*) Ich habe umsomehr Anlaß, gerade dieses Beispiel herauszugreifen, als dem genannten Verfasser von verschiedenen Seiten und zwar gerade auch für die Behandlung des fraglichen Gegenstandes hohes Lob gespendet worden ist. Genauer auf die Streitfrage einzugehen ist hier nicht der Ort. Was übrigens gegen eine ernstliche Auffassung der juristischen Personen als realer, für sich seiender Wesen zu sagen wäre, ist für aufmerksame Leser in den nächstfolgenden §§ 50—55 ohnehin gesagt.

Stelle den Realitätsbegriff weiter zu erörtern. Es genügt aber auch die Bemerkung, daß die moralische Person in demselben Sinne reell existiert wie die physische Person. Beide existieren als die unumgänglich anzunehmenden Ursachen sinnenfälliger Wirkungen."

Hätte es Lasson bei den drei letzten Sätzen bewenden lassen, so möchte man immerhin glauben, daß er wenigstens den Sinn der Frage, ob juristischen Personen reelle oder nur ideelle Existenz zuzuschreiben sei, richtig gefaßt habe. Nach den unmittelbar vorausgeschickten Sätzen dagegen ist vollständig klar, daß er auch nicht eine Ahnung davon hat.

49. Auf der anderen Seite bedarf es kaum der Bemerkung, daß meine „dritte Ansichtengruppe" doch nicht bloß als ein Inbegriff von völlig unklaren Meinungen oder gar nur als eine zur Zeit noch unausgefüllte systematische Rubrik gemeint war. Es ist namentlich klar, daß Hegel's Ansicht von der Staatsgesetzgebung in der That hierher gehört. Zwar setzt er das Recht als Abstractum vor die im Staate sich verwirklichende sittliche Idee. Aber so gewiß das erstere nicht der tiefere Grund der letzteren, sondern nur eine Vorstufe für sie sein soll, so gewiß ist es hiernach auch nicht Grundlage der Autorität des Gesetzgebers, sondern diese ruht voll und ganz darauf, daß der Gesetzgeber als der natürliche Träger und Mund der sittlichen Idee, oder was für Hegel dasselbe besagt, des für sich seienden allgemeinen Geistes (Volksgeistes) auf der dritten Stufe seiner Entwickelung erscheint. Eher ließe sich noch einwenden, daß aus Hegel's Ausführungen keineswegs unzwei-

deutig hervorgehe, wie denn eigentlich dieser allgemeine Geist zu denken sei. Indessen so viel läßt sich doch immerhin aus ihnen entnehmen, daß die von mir angenommene Rubricirung als nothwendig sich herausstellt. Der Hegel'sche Allgemeinwille oder allgemeine Geist ist nur ein Moment in der Verwirklichung des einen Weltgeistes. Ob es nicht vielleicht unter diesen Umständen correcter wäre, reale Existenz im höchsten Sinne einzig dem absoluten Geiste selbst zuzusprechen, darf dahin gestellt bleiben. Jedenfalls wird das Gleiche, bloße Entwickelungsmomente des absoluten Geistes zu sein, auch von den individuellen Geistern behauptet, ja diese werden sogar wiederum als Entwickelungsmomente der Völker- oder Staatengeister hingestellt. Die Letzteren werden mithin als mindestens in demselben oder vielmehr höherem Grade real characterisirt, als-die Einzelgeister. Auch wird man zugestehen müssen, daß die Lehre von dem allgemeinen Geiste in das ganze System des absoluten Idealismus sehr wohl hineinpaßt. Gelangt in dem Selbstbewußtsein des Individuums — ohne daß dieses eine Ahnung davon hat — wirklich das Absolute zu seinem Bewußtsein, und zwar zu einem Bewußtsein niederer Ordnung, so muß es auch zulässig sein, gewisse Gruppen dieser Individualgeister zunächst als Entwickelungsmomente je eines Bewußtseins höherer Ordnung zu denken, obgleich sie selbst immer nur um ihr eigenes, niederes Bewußtsein unmittelbar wissen.

50. Aber die ganze Lehre ist und bleibt darum doch eine reine Postulation, die mit dem Systeme steht und fällt, als dessen Glied sie uns soeben erschien. Ich sage

das nicht, als wenn ich die Annahme realer Volksgeister mit jedem andern Standpunkte schlechthin für unvereinbar hielte. Keineswegs. Aber daß außerhalb des Hegel'schen Systems wenig Anlaß zu solcher Annahme vorhanden, dafür scheint mindestens die bisherige Geschichte der Philosophie zu sprechen. Und in der That erklärt sich dies auch leicht aus der Einzigartigkeit nicht sowohl der metaphysischen als der logischen Grundvoraussetzungen Hegel's. Auf inductivem Wege, das darf man getrost behaupten, wird nicht leicht ein besonnener Forscher zu jener Annahme gelangen. Sollte zur Erklärung der gemeinsamen Volkseigenthümlichkeiten, der Sprache, Sitte, des sogenannten Nationalcharacters u. s. w. der Hinblick auf das Zusammenwirken aller historischen, geographischen, physiologischen Momente nicht genügen, so liegt es unter allen Umständen näher, das einende Band in einer gewissen gleichmäßigen psychologischen Bestimmtheit aller in Frage kommenden Einzelnen zu suchen. Ebensowenig bietet die gewöhnliche deductive Methode im vorliegenden Falle irgendwelche Aussichten. Unter allen Umständen könnte durch sie nur die Möglichkeit oder Nothwendigkeit realer Volksgeister bewiesen werden. Die letztere auf diesem Wege beweisen zu können wird wiederum schwerlich Jemand erhoffen; mit dem Beweise der bloßen Möglichkeit aber, selbst wenn er voll erbracht wäre, könnte der Wissenschaft höchstens dann etwas gedient sein, wenn sich auf andere Weise zugleich Wahrscheinlichkeitsgründe für die Annahme gewinnen ließen. Wenn im Widerspruch hiermit Hegel sozusagen in einem Zuge die Wirklichkeit des behaupteten

objectiven Geistes nachzuweisen glaubt, so beruht dies einzig auf seiner Ueberzeugung, daß er in seiner sogenannten dialectischen Methode das Mittel in der Hand habe, um die sich von selbst vollziehende Entwickelung vor seinem Zuschauerblicke vorüberziehen zu lassen.

51. Frägt man vollends, was das Postulat eines realen, an und für sich seienden Volksgeistes — ganz abgesehen von seiner speziellen Formulirung bei Hegel und überhaupt seiner Stellung im Systeme des absoluten Idealismus — für unser gegenwärtiges Problem zu leisten vermag, so darf ich kurzweg behaupten: keinesfalls mehr, als die theokratischen und naturalistischen Voraussetzungen.

52. Wie man sich auch den fraglichen Volksgeist denken mag, so viel ist von vornherein gewiß, daß er nicht als ein schlechthin außer den Einzelgeistern (die wir dem Volke beizählen) existirender, sondern immer nur als etwas zugleich in diesen und durch diese Wirkender aufgefaßt werden kann. Einmal wäre ja nicht abzusehen, wo sonsther wir überhaupt irgend welche Kenntniß von ihm haben sollten; andererseits wäre ein Leben, das jener allgemeine Volksgeist rein für sich lebte, offenbar ein ganz anderes, als was wir, d. h. alle einzelnen Volksgenossen, als Volksleben ansehen, seine Rechtsvorstellungen wären nimmermehr, was wir unser Recht nennen u. s. w.

53. Beide Gründe lassen aber auch sogleich eine zweite Annahme als unzulässig erscheinen, daß nämlich der Volksgeist zunächst nur als in einem oder doch nur in wenigen Einzelnen wirksam gedacht werde. Zwar möglich

wäre es ja wohl, einen Geist höherer Ordnung zunächst in wenigen Einzelgeistern und erst allmählig in andern und so schließlich in allen Genossen eines Volkes thätig zu denken. Allein so lange dieser Geist bloß in Einem oder doch nur Wenigen wirkt, kann er offenbar noch nicht als Volksgeist erkannt und respectirt werden, leistet also auch gar nicht, was er als die wirkende Kraft im Gesetze leisten müßte. Und wiederum, sobald das Letztere eintritt, ist dies offenbar ein Beweis dafür, daß der fragliche Volksgeist nicht bloß in den respectirten Subjecten, sondern in entsprechender Weise auch in den Respectirenden thätig ist. Nur dadurch, daß er nicht bloß als Gesetzgeber einen bestimmten Inhalt aussprechend, sondern zugleich in allen andern Volksgenossen die Anerkennung der Gehorsamspflicht gegenüber den gesetzgeberischen Aussprüchen wirkend gedacht wird, läßt sich begreifen, wie das Gesetz wirklich zur Gesetzeskraft gelangt.

54. Aus alledem folgt: die Ansicht, daß der Gesetzgeber nichts anderes sei, als der Mund des Volksgeistes, erklärt entweder gar nicht, was sie erklären soll, oder sie geräth mit sich selbst in Widerspruch.

Sie erklärt nicht, was sie erklären soll, wenn sie den Volksgeist bloß in Beziehung setzt zum Gesetzgeber; denn sie läßt dann eben die Frage offen: wenn der Volksgeist selbst bloß im Gesetzgeber, also in Einem oder einigen Wenigen thätig ist, in den Uebrigen aber gar nicht, wodurch kommt denn jener Eine oder jene Wenigen den Andern gegenüber zur Geltung?

Sie schlägt sich dagegen selbst, wenn sie den Volks-

geist zugleich in den Volksgenossen so wirksam denkt, daß dadurch erst jener Eine oder jene Wenigen als Gesetzgeber, d. h. als Personen anerkannt werden, deren Aussprüche die Pflicht der Befolgung begründen. Denn dann ist in Wahrheit nicht mehr die Wirksamkeit des Volksgeistes in dem Gesetze selbst der Grund seiner verbindlichen Kraft, sondern im günstigsten Falle die ebenfalls durch ihn, aber schon vorher für bestimmte Anordnungen bestimmter Subjecte gewirkte rückhaltlose Empfänglichkeit der Volksgenossen, oder was der Sache nach dasselbe besagt, die schon vorher anerkannten, geltenden Normen über Gesetzgebung — die Verfassung.

55. Aus diesem Dilemma herauszukommen hilft nur ein Mittel: man fügt zu der Wirksamkeit des Volksgeistes im Gesetzgeber die Wirksamkeit in den Gesetzesunterthanen ausdrücklich hinzu. Und zwar muß dieselbe als eine nicht bloß gleichzeitige, sondern schon vorausgehende, auf ganze Klassen von Anordnungen bestimmter Subjecte gerichtete gedacht werden. Denn wäre sie nicht bereits in dem Momente des Gesetzeserlasses vorhanden, so würde die verbindliche Kraft des Gesetzes ja erst von dem späteren Hinzutreten abhängig, also das Gesetz an sich noch niemals Gesetz sein. Damit ist aber zugestanden, daß das Zustandekommen eines Gesetzes im juristischen Sinne unter allen Umständen die Existenz von anerkannten Normen des nationalen Zusammenlebens (ein bereits geltendes nationales Recht) voraussetzt. Und darauf allein kann es mir vorläufig ankommen. Ein Zurückgehen auf die letzten Gründe der Anerkennung greift

über meine gegenwärtige Aufgabe hinaus; sofern nur die Anerkennung selbst als nothwendig festgehalten wird, ist jede Ansicht über deren tiefere Gründe, auch wenn sie ungleich besser begründet wäre, als die letztbesprochene, für die Feststellung des Rechts*begriffes* irrelevant.

VI.

56. Wir stehen am Schlusse der Betrachtung jener *einen* Reihe von Ansichten, welche darin übereinstimmen, daß sie die Autorität des Gesetzes auf eine *vor* und *über* dem Rechte liegende Qualification der gesetzgebenden Subjecte gründen. Ueberblicken wir noch einmal das Ganze unserer Erörterungen. Wir gingen davon aus, daß diese Ansichten sich sämmtlich auf drei Gesichtspunkte zurückführen lassen: den theokratischen der göttlichen Ordnung, den naturalistischen der Macht, den idealistischen des an und für sich seienden Volksgeistes. Bei genauerer Prüfung dieser Gesichtspunkte ergab sich Folgendes.

Alle *theokratischen* oder religiös-politischen Ansichten ruhen nicht nur auf einem Postulate, das wohl gläubig angenommen aber nicht bewiesen werden kann, sondern sie übersehen auch meist, daß nicht sowohl das postulirte göttliche Gebot für sich, als vielmehr allein der Glaube an ihre verbindende Kraft, d. h. eine ganz besonders intensive Form der Anerkennung die Autorität der Gesetze wirklich begründen könnte. Andererseits setzen sie in dem Begriffe der Obrigkeit entweder die Präexistenz des Rechts voraus,

oder verfallen bei diesem Punkte zugleich dem Irrthume der zweiten Ansichtengruppe.

Den naturalistischen Ansichten ist entgegenzuhalten, daß nicht nur der Begriff der Macht nie zureicht, um die Thatsache des Rechts- und Pflichtgefühls zu erklären, sondern daß auch in Wahrheit die reine Macht im Staate, statt bei dem gesetzgebenden Subjecte (oder, allgemeiner gesagt, der Staatsgewalt), vielmehr bei einer wechselnden, sehr verschiedenartig sich bestimmenden Majorität der Volksgenossen ist, daß überhaupt dauernde Macht über eine größere Anzahl von Einzelwillen überall nur besteht zufolge der Anerkennung gewisser Normen, nach denen die Einzelnen dem Herrscher gegenüber sich verpflichtet halten, mit andern Worten: kraft des Rechts.

Die idealistische Ansicht endlich von einem den gesetzgebenden Personen immanenten Volksgeiste, so bestechend sie für phantasievolle Naturen sein mag, ist jedenfalls praktisch von sehr geringer Bedeutung. Denn ganz zu geschweigen davon, daß sie in noch höherem Grade als die theokratische auf reinen Postulationen sich aufbaut, erklärt sie entweder gar nicht, was sie erklären soll, wie nämlich die betreffenden gesetzgeberischen Subjecte dazu kommen, als Volksgeist respectirt zu werden, oder sie erklärt es durch eine Wirksamkeit des Volksgeistes auch in den übrigen Volksgenossen, deren Resultat völlig identisch ist mit der von mir behaupteten Präexistenz gewisser anerkannter Rechtsnormen.

57. Ziehen wir das Facit. Zweierlei ist es, was wir als festgestellt betrachten dürfen:

1) Die Entscheidung der Frage nach dem Grunde der verbindlichen Kraft des Gesetzes darf *nicht* in einer *vor* oder *über* dem Rechte liegenden Eigenschaft des *Gesetzgebers* gesucht werden; die richtige Ansicht kann *nur innerhalb der zweiten Ansichtenreihe* liegen.

2) Die consequente Durchprüfung der ganzen ersten Ansichtenreihe führt geradeswegs zu der von mir vertretenen Ansicht, daß das *constituirende* Moment des Rechts, speziell *auch des staatlichen Rechts*, das bei der Kritik dieser ersten Ansichtenreihe überhaupt allein in Betracht kam, nichts anderes, als die *Anerkennung der Genossen als Norm ihres Zusammenlebens* ist.

Ich fürchte nicht den Vorwurf, das Resultat Nr. 2 beruhe einzig darauf, daß ich gerade nach dem gesucht habe, was in den kritisirten Ansichten etwa auf *meine* Voraussetzungen gedeutet werden könne. Ob ich nicht wider meinen Willen Dinge übersehen, die meine Schlußfolgerungen als voreilig erscheinen lassen, ist eine andere Frage, auf die ich aber die Antwort der Gegner, d. h. die Namhaftmachung der einzelnen fraglichen Punkte ruhig abwarten darf.

58. Wenden wir uns zu dem bereits bezeichneten zweiten Theile unserer Untersuchung: weitere Ausführung unserer eigenen Ansicht und Kritik der Ansichten der *zweiten Reihe.*

Die bisher bekannten Ansichten der zweiten Reihe, die uns zur Erörterung vorliegen, unterscheiden sich, wie ich in § 9 andeutete, zunächst und vor allen Dingen dadurch, daß sie bei Beantwortung der Frage, was die Rechtsnormen vor anderen Normen auszeichnet, den Nachdruck entweder

auf einen bestimmten Entstehungsgrund, oder eine spezielle Wirksamkeitsform, oder endlich den eigenthümlichen ethischen Gehalt der betreffenden Normen legen. Ich habe ebendaselbst auch schon bemerkt, daß meine Ansicht in keine dieser drei Gruppen passe. Und zwar behaupte ich dies schon darum, weil meine Ansicht gar nicht den Nachdruck auf eines dieser drei Momente legt, vielmehr „die seitens der Staatsgenossen erfolgende Anerkennung als Norm des staatlichen Zusammenlebens" das gesammte Wesen des staatlichen Rechts nach Entstehung, Wirksamkeit, Gehalt zugleich zu bestimmen sucht. Wohl aber liegt auf der Hand, daß diese Behauptung auch nach allen drei Richtungen hin gerechtfertigt werden muß, mit andern Worten, daß sich für die positive Ausführung, wie für die Kritik der gedachten fremden Ansichten im Allgemeinen dieselben Rubriken ergeben. Eine gewisse Verbindung beider wird also von der Natur der Sache selbst geboten.

VII.

59. Als erste Gruppe der zweiten Ansichtenreihe ist schon in § 9 derjenige Complex von Ansichten bezeichnet worden, die das Recht überhaupt, und die verpflichtende Kraft des Gesetzes insbesondere, auf einen gemeinsamen Willen oder eine gemeinsame Ueberzeugung zurückführen. Sie steht in Rücksicht auf diesen ihren allgemeinen Character den Ansichten der ersten Reihe offenbar am nächsten, begreift aber im Uebrigen sehr verschiedenartige Elemente in sich. Sehen wir auch ab von der speziellen Motivirung der einzelnen Ansichten sowie von den möglichen Combinationen mehrerer Elemente mit einander, so wird man doch noch drei Unterarten unterscheiden können:

1) die Vertragstheorien im weitesten Sinne des Worts;

2) die Lehre von der Volkssouveränetät, oder richtiger der Souveränetät der jeweiligen Majorität der Staatsgenossen;

3) die Doctrinen der historischen Juristenschule und die sogenannte organische Rechtslehre.

60. Die „Vernunftgründe", die man gegen die rechtliche Begründung des Staats durch Vertrag vorgebracht hat, beruhen zum großen Theile auf durchaus einseitiger Auffassung der Sache.

Wenn z. B. Bluntschli die Vertragstheorie, nicht etwa bloß die Theorie Rousseau's, sondern allgemein die Lehre vom Staatsvertrage darum als unhaltbar bezeichnet, weil sie vollständige Freiheit und Gleichheit Aller supponire, so ist das bloß eine Supposition Bluntschli's. Denn daß ein Vertrag nur völlig Freie und Gleiche verpflichte, daß er zwischen Unfreien oder Ungleichen unmöglich sei, versteht sich durchaus nicht von selbst; zumal wenn man den Begriff der Freiheit mit Bluntschli so beschränkt fassen wollte, daß alle nicht in staatlicher Gemeinschaft Lebenden als noch nicht frei zu betrachten sind*).

Nicht besser ist der Einwand, ein Vertrag von lauter Individuen könne immer nur Privatrecht, nicht öffentliches Recht erzeugen. Daß der Gegensatz von Privatrecht und öffentlichem Rechte erst denkbar ist nach erfolgter Bildung eines Gemeinwesens, dem die Einzelnen als Private im Gedanken gegenüber gestellt werden können, sieht Jeder. Und nach erfolgter Staatsbildung hat allerdings der Vertrag zwischen Staatsgenossen nur Bedeutung für das, was dem Staate als Privatrecht gilt. Daß aber die

*) Freilich wird jene Supposition einigermaßen dadurch begreiflich, daß Bluntschli überhaupt nur die Rousseau'sche Theorie zu kennen scheint oder doch nur diese kennen will; die ältere Vertragstheorie sowohl, als die Kant'sche und Herbart'sche Lehre vom Staatsvertrage wird auch in den neuesten Auflagen des „Allgemeinen Staatsrechts" trotz der scharfen Kritik Geyer's gar nicht erwähnt.

Bedeutung, die der Vertrag nach der Staatsbildung und gemäß dem staatlichen Rechte hat, zugleich der Maßstab sein müsse für seine Bedeutung vor und außerhalb der Staatsbildung, das ist rein aus der Luft gegriffen (vgl. Einleitung § 4). Uebrigens wird das Argument sofort beseitigt durch einen einzigen Fall wirklicher Staatsgründung im Wege des Vertrags, wie ihn die Entstehungsgeschichte des ersten Neu-England-Staates darbietet.

61. Durchaus verfehlt ist auch, den Vertragstheorien vorzuwerfen, sie versuchten das Unmögliche, das Recht als ein Produkt reiner Willkür zu begründen. So gewiß ein solcher Versuch in der That ein unmöglicher sein würde, so wenig hat er in den Vertragstheorien gemacht werden sollen. Dies gilt sogar in Beziehung auf den Inhalt der vielbesprochenen Gesellschaftsverträge, der selten oder nie als ein rein willkürlicher, sozusagen aus dem Nichts heraus gewollter gedacht worden ist. Noch weit mehr aber gilt es von der Auffassung des Vertrages selbst oder seiner verbindenden Kraft. Gerade diejenigen, die mit der Gründung des positiven Rechts auf Vertrag am entschiedensten Ernst gemacht haben, sind am weitesten davon entfernt, die verbindende Kraft des Vertrages in der Thatsache der Willenserklärung zu finden. So vor Allen Herbart, bei welchem vielmehr der Vertrag die unmittelbare Consequenz einer alle Willkür verneinenden sittlichen Idee des Rechtes ist. So aber auch — wie Herbart's Schule mit Recht wiederholt betont hat — schon der Vater der modernen Vertragstheorien, Hugo Grotius, der gerade darum den Vertrag zur Grundlage des positiven

Rechts gemacht hat, weil er in ihm eine schon durch das Naturrecht an die Hand gegebene allgemeine Form zur Aufstellung von Rechtssätzen erblicken zu müssen glaubte. Bei den älteren Naturrechtslehrern nach Grotius steht die Vertragslehre meist erst in zweiter Linie, die Selbsterhaltung als Zweck und der Zwang als das Mittel treten für die Bestimmung des Rechtsbegriffs in den Vordergrund. Aber soweit von ihnen der Vertrag als Entstehungsgrund des bürgerlichen Rechts beigezogen wird, gründen sie seine verpflichtende Kraft ebenfalls nicht auf die darin sich erklärenden Willen, sondern sie setzen durchweg — selbst Hobbes — ein Naturgesetz, das zur Haltung von Verträgen nöthigt, voraus. Und wiederum nur eine andere Wendung derselben Voraussetzung ist es, wenn Kant offen die Unmöglichkeit anerkennt, von dem kategorischen Imperativ, der von uns das Halten des Versprechens fordert, noch einen besonderen Beweis zu führen.

62. Von ganz anderer Bedeutung ist der Vorwurf der Geschichtswidrigkeit. Zwar geht man sicher zu weit, geradezu die Möglichkeit von Staatengründungen im Wege des Vertrages zu verneinen; die Geschichte liefert vielmehr, wie ich schon wiederholt zu berühren hatte, ganz unabweisbare Beispiele für die Möglichkeit nicht nur in der Gründung der meisten Bundes- oder Gesammtstaaten, sondern selbst, wenn auch nur selten, in der Gründung einzelner Einheitsstaaten. Aber sofern der Vertrag als die schlechthin allgemeine Uebergangsform aus einem sogenannten Naturzustande in den Gesellschafts- oder Staatszustand aufgestellt wird, sofern er als einzig mögliche Rechtsgrundlage der

Staatsgewalt, als die einzig mögliche Form der Verfassungsbildung und allgemeinen Unterwerfung und somit auch der verbindenden Kraft der Staatsgesetze betrachtet wird — und dies ist offenbar die Meinung fast aller sogenannten Vertragstheorien — ist der Vorwurf der Geschichtswidrigkeit vollständig berechtigt.

Man kann dem nicht entgegenhalten: die neuere Vertragstheorie seit Kant denke ja gar nicht an eine wirkliche Vertragsschließung bei Constituirung des Staates, bez. der Verfassung und des Unterthanenverhältnisses; sie nehme den Gesellschaftsvertrag eigentlich nur als die Idee des Actes der Staatsconstituirung, ohne welche die Rechtmäßigkeit der letzteren nicht gedacht werden könne (Kant, Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, Bd. IX der Rosenkranz'schen Ausgabe, S. 165). Was in solcher Entgegnung deutlich vorliegt, ist im Grunde bloß das Zugeständniß der Geschichtswidrigkeit für die weitaus meisten Fälle; dagegen bleibt völlig unbegreiflich, woher denn nun in allen diesen Fällen, in welchen die wirkliche Staatsconstituirung dieser Idee nicht entspricht, also auch nicht als rechtmäßig gedacht werden kann, dennoch die rechtliche Geltung der Verfassung, das Recht der Obrigkeit einerseits und die Pflicht der Unterthanen andererseits kommen soll? Die Consequenz fordert, entweder für die letzteren Fälle, d. h. für nahezu alle Fälle, die Thatsache eines Rechtszustandes zu leugnen, oder da sich dies von selbst verbietet, die Einzigkeit des Vertrags als Grund rechtlicher Gesellschaftsordnung aufzugeben. Statt dessen sich auf jene Kant'sche Formel berufen, heißt nichts anderes, als die Vertrags-

theorie im Prinzip oder, richtiger gesagt, dem Namen nach festhalten, praktisch aber sie ignoriren. Bezeichnend ist hierfür schon die Art und Weise, wie Kant selbst über das Gefühl des Widerspruchs hinwegzukommen und namentlich dasselbe für das Volk im Ganzen unschädlich zu machen sucht; er verbietet den Unterthanen ein- für allemal, über den Grund ihrer Verpflichtung gegenüber dem Gesetze zu grübeln, da für sie, die im bürgerlichen Stande geboren, die Art der Entstehung desselben durchaus gleichgültig sein müsse.

Auszunehmen von dem Vorwurfe der Geschichtswidrigkeit ist allerdings die Herbart'sche Lehre vom Staatsvertrage, zum Mindesten in der Gestalt, in welcher sie Hartenstein (Grundbegriffe der ethischen Wissenschaften, S. 206) und ausführlicher neuerdings Geyer (in der Zeitschrift für exacte Philosophie, Bd. IV, S. 81 ff.) vertheidigt hat. Wenn diese Theorie in Wahrheit „dahin geht, daß jede thatsächlich existirende Macht und folglich auch die ein System der Gesellungen in einem gewissen Territorium einigende und schützende, d. h. die Staatsmacht, erst dann rechtlich existirt, wenn sie sich die Anerkennung der Betheiligten errungen hat", so ist vom Standpunkte der rein geschichtlichen Betrachtung aus schwerlich viel einzuwenden. Nur erscheint es mir unrichtig, die thatsächliche Existenz der Staatsmacht, die doch immer zugleich als irgendwie dauernde gedacht wird, von der rechtlichen zu trennen. Denn nach dem, was ich in den §§ 40—45 über die Voraussetzungen jeder wahren Herrschermacht ausgeführt habe, ist eine irgend dauernde Existenz einer Staats-

macht ohne die von Geyer verlangte Anerkennung überhaupt nicht denkbar, also jede sich als dauernd erweisende Staatsmacht nothwendig eine rechtliche.

63. Der Herbart-Geyer'schen Lehre vom Staatsvertrage mag auf den ersten Anblick die meinige, wie sie in der Einleitung skizzirt ist, mehr als bloß verwandt erscheinen. Allein es ist ein gut Theil bloßer Schein dabei; genauer betrachtet besteht eine ganz wesentliche Differenz zwischen beiden, für welche das am Schlusse des § 62 Bemerkte nur ein Symptom abgiebt. Nach meiner Ansicht nämlich ist die Anerkennung und zwar die wirkliche, thatsächliche Anerkennung (nicht der bloße Gedanke der Anerkennung) geradezu das erste, ja das einzige constituirende Moment des Rechts. Die Anerkennung ist es, durch welche die „Rechtsidee", wie man sie nun auch fassen mag, erst zu einer das wirkliche Recht beherrschenden wird; sie ist allein der Grund, daß eine Consequenz dieser Idee, wie sie nach Herbart der Vertrag ist, auch wirklich rechtliche Bedeutung hat; die rechtliche Bedeutung des Vertrages ruht also, nach meiner Ansicht, wo und wann sie zuzugeben ist, immer auf der Anerkennung dieser Bedeutung seitens der Betheiligten. Dagegen hat nach der Herbart-Geyer'schen Theorie die Rechtsidee „Streit mißfällt" ihren Character als Rechtsidee schon wegen ihres Inhaltes; der Vertrag hat unmittelbar rechtliche, will sagen, die Vertragschließenden allgemein rechtlich verpflichtende Bedeutung, weil er eine Consequenz dieses Inhalts ist, nämlich eine durch Willensübereinkunft, also ohne Streit, erfolgende Feststellung von Regeln zur Vermeidung und bez.

Entscheidung des Streits, von welchen einseitig abzugehen ohne Streit unmöglich wäre. Die großentheils unbewußte oder gar widerwillige Anerkennung aber verhält sich zum freien bewußten Vertrage höchstens wie die mit den Mängeln der geschichtlichen Wirklichkeit behaftete Durchführung zu dem nur ganz ausnahmsweise voll zu realisirenden Ideale.

Mit einem Worte: die Lehre Herbart's und seiner Schule von der Entstehung des Rechts ist und bleibt Vertragstheorie; meine Ansicht ist es schlechterdings nicht. Ich gestehe zu, daß der Vertrag eine wichtige Form der Rechtsbildung ist, aber ich leugne nicht nur, daß er der Grund des auf diesem Wege gebildeten Rechts ist, sondern ich betrachte ihn auch als Form der Rechtsbildung nur, weil und soweit das positive Recht (d. h. irgend welche als Regel des Zusammenlebens anerkannte Norm) ihm diese Bedeutung beilegt. Das vertragsmäßige Recht ist mithin nur Recht, weil und soweit diese Bedeutung reicht und dauert; es ist (wenn wir einen erst später zu erklärenden Ausdruck vorausnehmen dürfen) immer nur ein Recht zweiter oder dritter Ordnung. Dagegen erscheint nach der Herbart'schen Rechtslehre der Vertrag nach seinem Zusammenhange mit der Rechtsidee als die einzige vollkommene und zwar schlechthin unbedingte Form der Rechtsbildung, und darum auch nothwendig als der Grund alles positiven Rechts. Tritt dies bei Geyer vielleicht nicht vollständig heraus, so doch um so deutlicher bei denen, mit welchen er sich eins weiß. (Vgl. Herbart, Allg. prakt. Philosophie, S. 78 ff. in Bd. VIII der Hartenstein'schen Ausgabe;

Hartenstein, Grundbegriffe der eth. Wissensch., S. 200 f. und besonders S. 207 ff.)

64. Und eben darum leidet meines Erachtens die Herbart-Geyer'sche Theorie an demselben Hauptfehler, den ich allen Vertragstheorien vorzuwerfen habe: sie gründen den Staat, die Verfassung, die verbindende Kraft des Gesetzes, mit einem Worte, das positive Recht auf ein Postulat, das im Widerspruch mit dem positiven Rechte selbst steht; sie postuliren eine Allgemeinverbindlichkeit der Verträge, während das positive Recht eine solche Allgemeinverbindlichkeit gar nicht kennt; sie postuliren jene Allgemeinverbindlichkeit, um aus ihr die Gehorsamspflicht gegenüber der „vertragsmäßig" oder doch „gleichsam vertragsmäßig" begründeten oder anerkannten Staatsmacht, die rechtsverbindende Kraft des Staatsgesetzes abzuleiten, — und doch wird die Voraussetzung solcher Allgemeinverbindlichkeit von den Staatsgesetzen, die ihr die rechtsverbindende Kraft verdanken sollen, in mannigfacher Weise negirt, ja um so energischer, je weiter wir auf die Anfänge der Gesetzgebung zurückgehen.

Besonderer Belege hierfür bedarf es kaum. Es ist allbekannt, daß das ältere römische Recht gar nichts gewußt hat von einer Verbindlichkeit der Verträge schlechtweg. Desgleichen hat die neuere germanistische Wissenschaft es sehr wahrscheinlich gemacht, daß auch das ältere deutsche Recht nur eine Verbindlichkeit aus gewissen Arten von Verträgen (Real- und Formalcontracten) kenne. Endlich hat — um von den Ausnahmen von dem Grundsatze der Allgemeinverbindlichkeit der Verträge ganz zu schweigen, die selbst das sogenannte heutige gemeine Civilrecht kennt — die

neuere Staatsgesetzgebung wiederum die Gültigkeit der Verträge in sehr reichlichem Maße an die Erfüllung besonderer Bedingungen geknüpft.

65. Es wäre vergebliche Mühe, diesen Widerspruch zwischen Vertragstheorie und positivem Recht dadurch beseitigen zu wollen, daß man zwischen der Verbindlichkeit der Verträge vor der Staatsgründung und der Verbindlichkeit derselben im Staate, oder zwischen der Verbindlichkeit der Verträge an sich, d. h. für die Vertragschließenden und dem gerichtlichen Schutze derselben durch den Staat unterscheidet. Diese beiden Unterscheidungen sind in Wahrheit zwar sehr wohlberechtigte, wie ich für meine Person sie nicht nur zulässig, sondern geradezu nothwendig erachte. Habe ich doch die erstere in § 60 selbst geltend gemacht wider *solche* Gegner der Vertragstheorie, die die Möglichkeit der Begründung öffentlichen Rechts durch Verträge von Individuen leugnen wollen; und der Vertheidigung der zweiten, übrigens eng mit jener verknüpften, war ja schon der größte Theil meiner in der Einleitung berührten Auseinandersetzung mit O. Mejer gewidmet (vgl. oben §§ 3 u. 4). Allein was von einem Standpunkte aus, der eine Allgemeinverbindlichkeit der Verträge, eine constante rechtliche Wirksamkeit des Vertrags ausschließt, zutreffend und sogar nothwendig erscheint, paßt durchaus nicht für diejenigen, welche eine solche constante rechtliche Bedeutung gerade umgekehrt voraussetzen. Denn eine Verbindlichkeit, die für den einen Theil gelten, von dem andern aber rechtmäßig ignorirt oder gar auf den Kopf gestellt werden kann, ist jedenfalls keine *Allgemein*verbindlichkeit mehr. Dazu kommt, daß

die Vertragstheorien jene Allgemeinverbindlichkeit der Verträge ja gar nicht bloß voraussetzen vor, außer, neben der staatlichen Verbindlichkeit, sondern gerade als Grundlage dieser selbst. Wäre nun jene Behauptung einer schlechthin verbindenden Kraft der Verträge richtig, so dürfte dieselbe durch eine Macht, deren rechtliche Bedeutung sich auf jene Kraft des Vertrags gründen soll, auch nicht in einem einzigen Punkte gebrochen werden, da jeder solche Bruch zugleich eine Aufhebung des grundlegenden Prinzips sein würde. Die zahlreichen thatsächlichen Beschränkungen der Vertragsverbindlichkeiten durch die Staatsgesetzgebung, von denen jede für sich allein schon einen solchen Bruch des Satzes von der Allgemeinverbindlichkeit der Verträge bezeichnet, beweisen also zur Evidenz, daß dieser Satz nicht richtig sein kann.

66. Es versteht sich von selbst, daß das Prinzip der Volkssouveränetät oder richtiger der Majoritätenherrschaft (§ 60, 2), sofern es, wie bei Rousseau (Du contrat social I, c. 5) ein Ausfluß der Vertragstheorie ist, schon durch die bisherigen Ausführungen mit widerlegt ist. Neben der Ableitung dieses Prinzips aus einem wirklichen oder fingirten Vertrage begegnet uns aber auch hin und wieder, freilich fast immer ohne nähere Begründung, der Gedanke, daß das Majoritätsprinzip seine Gültigkeit schon in sich selbst oder doch in irgend etwas Anderem trage, als einem vorausgegangenen oder vorausgesetzten Vertrage, und darum verlangt dasselbe hier noch eine kurze, besondere Betrachtung.

Der Grundsatz, „daß der Wille der Majorität die Minorität binden soll“, hat mit dem zuletzt besprochenen

Grundsatze, „daß Verträge zu halten sind“, das gemein, daß ihm in weitem Umfange eine unleugbare Geltung zukommt. Aber daß er überall gelte oder gar gelten müsse, wird man von ihm noch viel weniger behaupten können, als von dem andern. Man braucht, um sich hiervon zu überzeugen, sogar nur den Inhalt des Satzes selbst etwas genauer anzusehen. Der andere Grundsatz, „pacta sunt servanda“, hat wenigstens in seiner völligen Allgemeinheit noch einen klaren Sinn, wenn auch eben dieser Sinn öfters nicht im Einklange steht mit dem wirklichen Inhalt des positiven Rechts. Das „Majoritätsprinzip“ in seiner Allgemeinheit ermangelt dagegen dieser klaren unmißverständlichen Bedeutung durchaus.

Welche Majorität ist es denn, die da, wo vorgängige Verträge fehlen, die Minorität binden soll? Welche Majorität darf ein- für allemal als Trägerin der sogenannten Souveränetät des Volkes erachtet werden? Schon die relative, sofern drei oder mehr Ansichten einander gegenüber stehen? Oder nur die absolute von eins über die Hälfte? Oder erst eine höhere Majorität? — Es würde augenscheinlicher Nonsens sein, die Gehorsamspflicht irgend einer Minorität gegenüber der Majorität aus einem reinen Zahlenverhältnisse ableiten zu wollen. Das einzige Prinzip aber, auf welches das Majoritätsprinzip allenfalls zurückgeführt werden könnte, das im vierten Abschnitte besprochene Machtprinzip, erlaubt gar keine Schlußfolgerung in dieser Richtung. Daß tausend Starke stets mehr Macht haben als tausendundein Schwache, ja unter Umständen als viele tausend Schwache, liegt auf der Hand für Jeden,

der seine Augen nicht mit Gewalt vor den Thatsachen schließt. Ganz zu geschweigen davon, daß eben das Machtprinzip sich uns bereits als völlig unzulänglich zur Begründung des Rechts erwiesen hat.

Und wer sind denn die Subjecte, die bei der Auszählung in Betracht kommen sollen? — Man antwortet wohl: die Genossen, die Mitglieder, die Staatsangehörigen, das Volk. Allein wer ist denn Genosse, Mitglied, Staatsangehöriger? Wer gehört zum Volke? Läßt sich dies anders bestimmen, als auf Grund irgend eines schon bestehenden Rechtes? Ja, selbst abgesehen davon, ist nicht jene Antwort gerade für den uns hier in erster Linie interessirenden Fall, für den Staat eine völlig unzutreffende? Könnte jemals ein Vertheidiger des Majoritätsprinzipes daran denken, bei wirklicher Anwendung desselben alle Staatsangehörigen oder das ganze Volk mitzuzählen? Schon bei den Frauen würden die Meisten stocken; und vollends in Betreff der Kinder ist klar, daß sie vernünftiger Weise nicht gleich den Erwachsenen gezählt werden können. Aber in welcher Weise sollen sie gezählt werden? Bis zu welchem Alter gar nicht, bis zu welch anderem vielleicht nur in anderer Proportion? Wie soll auch nur die Grenze gezogen werden zwischen Erwachsenen und Nichterwachsenen? — Lauter Fragen, deren Beantwortung stets erfolgt ist und nur erfolgen kann durch das Recht, nimmermehr aber selbst die Grundlage sein kann für das Recht.

VIII.

67. Aber treffen die im § 66 gegen das Majoritätsprinzip erhobenen Einwendungen nicht meine eigene Theorie?

Wer sind denn eigentlich, so wird man auch mich fragen, die Subjecte, deren Anerkennung von mir gefordert wird? Alle die zu einem solchen Lebenskreise gehören, also beim staatlichen Rechte alle Staatsgenossen, oder nur ein größerer Theil derselben? Entsteht hier nicht dieselbe Schwierigkeit bezüglich der Frauen und vollends der Kinder? Und setzt nicht auch eine Entscheidung schon über die Zugehörigkeit zu einem Lebenskreise, insbesondere zum Staate wiederum das Recht selbst bereits voraus, dessen Entstehung die Theorie eben erst aufzeigen will?

Das sind gewiß dringende Bedenken, die gründlich erwogen und erledigt werden müssen. Stellen wir zu diesem Behufe zuvörderst aus den Sätzen, in denen ich früher meine Ansicht vom Rechte skizzirt und welche ich in der Einleitung dieser Schrift §§ 1 und 2 wiederholt habe, dasjenige zusammen, was für Beantwortung jener Fragen von Wichtigkeit sein möchte.

Ich habe ausdrücklich (§ 2) mich dagegen verwahrt, daß

bei dem Worte „Anerkennung“ immer an ein „bewußtes Wollen“ oder eine „Ueberzeugung“ zu denken sei. Auch die unfreiwillige Anerkennung ist noch Anerkennung und zwar umfaßt dieselbe nicht nur die abgenöthigte, erzwungene, sondern auch die unbewußte, unwillkürliche Anerkennung.

Ferner wurde darauf hingewiesen, daß die Anerkennung, die das Recht nach meiner Ansicht zum Rechte macht, nicht ein vorübergehender Act, sondern ein dauerndes, habituelles Verhalten in Beziehung auf die betreffenden (Rechts-) Grundsätze sei. Faßt man diese Worte „dauerndes, habituelles Verhalten“ streng ins Auge, so folgt daraus zugleich, daß das Anerkennen niemals als eine fortgesetzte positive Thätigkeit gemeint sein kann, wie auch einige der von mir daneben gebrauchten Synonyma (respectiren, achten, sich unterworfen fühlen) vielleicht noch besser andeuten.

Es ist endlich speziell als rechtliche Anerkennung die Anerkennung gewisser Grundsätze innerhalb eines gewissen Kreises und zwar als Normen des Zusammenlebens bezeichnet worden.

Die weitere Betrachtung wird zeigen, daß diese Sätze nur weiter entwickelt zu werden brauchen, um die eben angeregten Bedenken zu erledigen.

68. Beginnen wir mit der letzten der im § 67 aufgeworfenen Fragen:

> ob nicht die Entscheidung über die Zugehörigkeit zu einem gewissen Lebenskreise, insbesondere zum Staate oder Volke das Recht schon voraussetze?

Versteht man nun zunächst unter dem „vorauszusetzenden

Rechte" nur überhaupt „irgend welches Recht", meint man mit andern Worten nur, daß ohne alles Recht keine Zugehörigkeit zu einem bestimmten Lebenskreise denkbar sei, so kann ich nicht anders, als diese Frage sofort und zwar vollständig bejahen. Es wäre jedoch ein arger Irrthum, zu meinen, daß mir dieses Zugeständniß irgend unbequem erscheinen müsse. Im Gegentheil ist es gerade meine eigenste Ansicht, daß ohne alles Recht überhaupt ein wahres menschliches Zusammenleben undenkbar ist. Mindestens eine Norm für das Handeln muß m. E. — bewußt oder instinctiv, gern oder widerwillig, direct oder indirect — von denen anerkannt sein, deren Leben auch bloß momentan als ein Zusammenleben, deren Verhältniß auch nur vorübergehend als Gemeinschaft bezeichnet werden soll. Und wiederum nur die Thatsache der fortdauernden Anerkennung läßt die Anerkennenden als in dauernder Gemeinschaft stehend erscheinen.

Nicht die Gemeinschaft ist also Grund des Rechts, sondern das Recht d. h. gewisse als Regel für ein Zusammenleben anerkannte Normen oder doch mindestens Eine solche Norm bildet den Grund jeder wirklichen Lebensgemeinschaft für die Anerkennenden, in der Fortdauer der Anerkennung beruht auch die Fortdauer der Gemeinschaft. Nicht die Lebensgemeinschaft ist das ursprünglich Gegebene, aus deren Anschauung und nach deren Character sich dann die Normen des gemeinschaftlichen Lebens entwickeln, sondern die Normen sind es, die jeder Lebensgemeinschaft, gleichwie sie deren Existenz bedingen, so

ihr auch den speziellen Character geben, durch welchen sie sich von allen andern Arten von Gemeinschaften oder Lebenskreisen unterscheidet.

69. Einen für sich allein schon hinreichenden Beweisgrund für die Richtigkeit der in § 68 ausgesprochenen Ansicht, daß irgend welches Recht (in meinem Sinne) die nothwendige Bedingung jedes „Zusammenlebens", jeder „Gemeinschaft" oder „Gesellschaft" sei, liefert eine auch nur oberflächliche Analyse dieser Begriffe selbst. Gemeinschaft ohne jedes Band ist offenbar keine Gemeinschaft, Zusammenleben ohne jeden Halt für die Zusammenlebenden schlechthin kein Zusammenleben. Mag man nun statt Band oder Halt etwa lieber Zweck oder Ziel, Gemeinwillen oder Gemeinsinn, „Trieb", „Achtungsgefühl" oder sonstwas sagen, immer ist damit zugleich eine Norm gesetzt, die von dem Momente an bindet oder zusammenhält, wo sie als solche von den Betheiligten anerkannt wird und zwar so lange bindet und zusammenhält, als diese Anerkennung dauert, — wenn nicht als bewußte und freiwillige Anerkennung, so doch als unwillkürliche oder abgedrungene.

Am deutlichsten wird dies vielleicht durch Betrachtung gerade einer scheinbaren Ausnahme. Es giebt ja ein Etwas, das auf den ersten Anblick das Gegentheil von Recht und dennoch ein ungleich stärkeres Gemeinschaftsband, ein ungleich festerer Halt des Zusammenlebens zu sein scheint, als irgendwelche Anerkennung von Normen: die Liebe. Allein so innig man sich dieselbe auch denken mag, so gewiß ist der vermeintliche Gegensatz zum Recht nur so lange vorhanden, als man den Begriff des letzteren nicht ohne das

Merkmal des Zwanges zu denken vermag. Sobald man dieses Merkmal ausscheidet — und der zehnte Abschnitt wird zeigen, daß dies gerade nach dem Bestande des gesammten positiven Rechtes schlechterdings nothwendig ist —, sobald man mit uns „Recht" einfach auffaßt als einen Inbegriff von Normen des Zusammenlebens, die von den Zusammenlebenden als solche anerkannt werden, stellt sich jener Gegensatz als ein bloß scheinbarer heraus. Gatten-, Eltern-, Kindes-, Vaterlands-Liebe sind alle offenbar nichts weniger als Aufhebung der Gatten-, Eltern-, Kindes-, Bürger-Pflichten, sondern nur eine Art und zwar die höchste Art freiwilliger Anerkennung derselben, — Anerkennung rein um des geliebten Gegenstandes willen. Wohl mag bei Erfüllung der diese verschiedenen Verhältnisse beherrschenden Normen gerade dem wahrhaft Liebenden häufig das Bewußtsein von der einzelnen, erfüllten Norm fehlen, — schon darum, weil in der Liebe zu allen andern anerkannten Normen noch eine allgemeine, allumfassende hinzutritt: das Beste des Geliebten. Aber die das Lebensverhältniß selbst bedingenden Normen treten sofort wieder ins Auge, sobald man versucht, die Unterschiede zwischen Gatten-, Eltern-, Kindes- und Vaterlandsliebe zu bestimmen. Es zeigt sich dann deutlich, daß in Wahrheit nicht sowohl die Liebe selbst so viele verschiedene Gestalten hat, sondern der Unterschied vielmehr liegt in der Verschiedenheit der Normen oder Pflichtgebote, die in Liebe anerkannt und erfüllt werden. Und eben dies ist auch die beste Bestätigung des Schlußsatzes von § 68, daß der Character der verschiedenen Gemeinschaften oder Lebenskreise in allererster Linie bestimmt

wird durch die Verschiedenartigkeit der für dieselben geltenden Normen.

70. Bei alledem kann ich mir freilich nicht verhehlen, daß die im § 68 ausgesprochene, im § 69 im Allgemeinen motivirte Ansicht über das Verhältniß von Recht einerseits und Gemeinschaft, Gesellschaft, Zusammenleben andererseits in einem zum Theil ganz schroffen Gegensatze zu den herrschenden Meinungen steht. Nicht das Product des Rechts, sondern vielmehr die Quelle desselben findet im Volke die gesammte historische Juristenschule und mit ihr auch heute noch der größte Theil der Juristenwelt. Aehnlich, nur allgemeiner sich fassend, fordert die moderne Staatswissenschaft — vor Allen jüngst Lorenz von Stein — eine Wissenschaft von den Lebensverhältnissen als Voraussetzung der Rechtswissenschaft. Und auch die Vorkämpfer einer energischen Reaction gegen die historische Schule wandeln dem meinigen ganz entgegengesetzte Wege; sowohl die, welche die Macht in den Vordergrund zu stellen, als jene, welche die subjective Vernunft als Rechtsquelle für den Einzelnen, selbst für den Richter in Anspruch zu nehmen gemeint sind.

Eine weitere Auseinandersetzung und Begründung meiner Ansicht speziell diesen verschiedenen gegnerischen Theorien gegenüber darf ich mir demnach nicht ersparen. Nur bezüglich der Macht-Theorien kann ich einfach auf Abschnitt IV (insbesondere § 43 f.) verweisen, woselbst der ausführliche Nachweis gegeben ist, daß alle Macht im Sinne jener Theorien nur denkbar ist auf Grund irgend eines Rechts d. h. auf Grund irgend welcher anerkannter Normen

des Zusammenlebens. Dagegen wird die Auseinandersetzung zumal mit der Ansicht der historischen Schule um so gründlicher sein müssen, je weniger unbefangene Anschauung die Bedeutung verkennen mag, die ihr in der Entwicklungsgeschichte unserer deutschen Jurisprudenz überhaupt und in der Geschichte der Lehre von Grund und Wesen des positiven Rechts insbesondere zukommt.

71. Am nächsten unter den drei zu widerlegenden Theorien steht meiner Ansicht wohl die obgedachte staatswissenschaftliche, — wohlverstanden, soweit sie nicht in ihrer Durchführung den Standpunkt der historischen Schule oder den consequenteren Hegels zugleich mit in sich aufgenommen hat. Wenn die Vertreter derjenigen Wissenschaften, die wir im Gegensatze zur Rechtswissenschaft jetzt vorzugsweise Staatswissenschaften zu nennen flpegen, die wirthschaftlichen und socialen Lebensverhältnisse vorerst für sich betrachtet wissen wollen, nicht sofort und allein vom Standpunkte des Rechts oder wie sie eigentlich sagen wollen, vom Standpunkte des b ü r g e r l i c h e n R e c h t e s aus, — wenn sie behaupten, jene Verhältnisse trügen zuvörderst schon ihr Gesetz in sich selber u. dgl. m., so sind sie damit gewiß auf ganz richtiger Bahn. Ihr Fehler ist m. E. nur, daß sie sich damit auch schon am Ziele glauben, anstatt weiter zu forschen, ob nicht dasjenige, was das staatliche Recht zum R e c h t e macht, schon für das Zustandekommen jedes Lebensverhältnisses an sich unentbehrlich sei, natürlich nicht als staatliches Recht, sondern als Recht (anerkannte Norm) der spezielleren oder allgemeineren Gemeinschaft, die in dem fraglichen „Lebensverhältnisse", wirthschaftlichen oder socialen,

vorausgesetzt wird. Nehmen wir die einfachsten ursprünglichsten Acte des Vermögensverkehrs: Schenkung und Tausch. Das Schenken, wie das Annehmen des Geschenkes enthält stets (wenn auch nicht immer klar bewußter Weise) die Anerkennung, daß der Schenkende giebt, was er bisher hatte, der Beschenkte erwirbt, was er bisher nicht hatte. Schenkung ist mithin nur möglich, wo ein Sachenrecht mindestens im Keime existirt, d. h. wo irgend eine Norm das Verhalten des Habenden einerseits, des Nichthabenden andererseits zu der Habe verschieden bestimmt, wo also mindestens die beiden bei der Schenkung Betheiligten selbst eine solche Norm für ihr Verhalten gegen einander anerkennen und insofern als in einer Rechtsgemeinschaft stehend erscheinen. Dazu tritt bei dem Tausche alsbald ein Zweites: die beiderseitige Anerkennung der Verpflichtung zu einer Leistung, entweder zu einer Gegenleistung oder doch zur Zurückgabe des Empfangenen, sofern der Andere nicht leisten will, — also die Anerkennung gewisser Normen obligatorischen Inhalts.

Ich muß auf den Einwurf gefaßt sein: hier seien in den Schenkungs- und Tauschbegriff erst später entstandene Rechtsvorstellungen hineingetragen. Wohlan! Man zeige uns dann doch den Schenkungs- und Tauschbegriff, der ursprünglicher ist! Daß ein einseitiges oder gegenseitiges Geben und Nehmen ohne alle Nebengedanken, gleichwie von Unzurechnungsfähigen allenfalls vorkommen kann, ist freilich unleugbar; aber sicher sind das nicht wahrhafte Acte menschlichen Verkehrs, geschweige bestimmte, reguläre Formen solches Verkehrs.

Und was wir an der einfachsten Gestalt des Güterverkehrs beobachten, kehrt uns wieder bei dem rein persönlichen Verkehre. Selbst die einfache Thatsache eines Gesprächs erlaubt stets einen Rückschluß (oft eine ganze Reihe von Rückschlüssen) auf Normen, die die Sprechenden entweder dauernd oder doch ad hoc für ihr Verhalten gegen einander anerkennen, auf ein (wenn auch noch so unentwickeltes und unklares) Personenrecht.

72. Das gemeinsame Paradigma der sogenannten organischen Staatslehre und der historischen Schule, die nach beider Ansicht rein natürliche Grundlage des Volks und der bürgerlichen Gesellschaft, also auch — nach ihrer Meinung — des Rechtes, ist die Familie. Und doch gehört nur ein ernstlicher Versuch dazu, dieselbe auf ihre „reine Natürlichkeit" zu prüfen, — und dieselbe schwindet sofort dahin.

Die regelmäßige Grundlage der Familie ist zweifellos die Ehe. Nun ist es nicht bloß Zufall, daß Ehe und Gesetz im Altdeutschen durch ein und dasselbe Wort bezeichnet werden. In der That ist eine Ehe, in der von den Gatten gar keine Norm für ihr Verhalten anerkannt würde, offenbar keine Ehe, ja überhaupt gar kein Lebensverhältniß mehr. Wohl kann man von dem abstrahiren, was der gewöhnliche juristische Sprachgebrauch „Eherecht" nennt, sofern sich eben dieser Sprachgebrauch ausschließlich auf dem Gebiete des staatlichen oder allenfalls des kirchlichen Rechtes bewegt; wohl kann man sich Ehen denken, für die es kein Eherecht im gewöhnlichen Sinne, d. h. genauer gesagt, für die es kein bürgerliches oder kirchliches Eherecht giebt, aber

nimmermehr Ehen, für welche gar kein Gebot der Treue, der Neben- oder Unterordnung, des Schutzes u. dgl. existirte, auch nicht in den Gemüthern der Gatten. Und wo auch nur ein solches Gebot von den Betheiligten als Regel des Zusammenlebens anerkannt wird, da besteht eben damit ein Recht als Grundlage dieses Zusammenlebens. Also „Ehe" ist unter allen Umständen ein Rechtsverhältniß, Monogamie und Polygamie schon ihrem Begriffe nach Arten dieses Rechtsverhältnisses, und dieses Rechtsverhältniß ist die regelmäßige Voraussetzung der Familie.

Allerdings nur die regelmäßige. Unmöglich ist es ja nicht, den Begriff „Familie" auch auf Verhältnisse anzuwenden, die nicht auf der Ehe ruhen. Allein gerade in den bekanntesten Fällen dieser Art, der Adoption und Legitimation, ja selbst in der Zurechnung des unehelichen Kindes zur Familie der Mutter liegt das bedingende Rechtsmoment so deutlich vor, daß sich hierauf unsere Gegner am wenigsten berufen werden. Eher möchten wir die Bemerkung erwarten, daß die Ehe, wenn auch die Grundlage der Familie, so doch nicht selbst schon Familie sei und daß die Entwickelung der letzteren aus dem Eheverhältnisse eine rein natürliche sei. Ueber den ersten Punkt will ich nicht streiten. Der Sprachgebrauch verbietet uns zwar gar nicht, die Ehe auch als die erste Form der Familie zu bezeichnen. Aber ich habe sie bisher selbst nicht anders als die „regelmäßige Grundlage der Familie" genannt, und ich habe nichts einzuwenden, wenn man den Ausdruck „Familie" im technischen Sprachgebrauche auf die Fälle beschränken will, wo aus der Ehe Abkömmlinge vorhanden sind.

Umsomehr muß ich mich sofort dagegen verwahren, daß damit auch die zweite Hälfte jenes Einwandes zugestanden sei, — die rein natürliche Entwickelung der Familie aus der Ehe. Der Satz möchte allenfalls passiren, wollte man Familie einfach als Inbegriff für Alle nehmen, die direct oder indirect von demselben Paare abstammen. In Wahrheit aber fällt dies keinem Menschen ein. Die Einen machen vielmehr bei einem gewissen Verwandtschaftsgrade halt und stellen sich damit unzweideutig auf den Boden irgend eines schon bestehenden, über das Gebiet einer Familie hinausreichenden Rechts; die Andern verlegen den Schwerpunkt von der Thatsache der Abstammung hinweg in das Familienleben. Sicher ist hier den Letzteren beizutreten. Denn so gewiß „Familie" im Sinne unserer Staatswissenschaft und praktischen Philosophie genauer besehen immer nur ein Collectivausdruck für eine Fülle nicht eigentlich gleicher, sondern nur ähnlicher Verhältnisse ist, so gewiß ist es überall nicht bloß die Abstammung, um derentwillen wir eine Gemeinschaft „Familie" nennen, sondern umgekehrt die Eigenthümlichkeit der als Familien bezeichneten Gemeinschaften ist es, die uns veranlaßt, selbst dann noch von Familie zu reden, wenn nur noch eine gewöhnliche Bedingung dieser Gemeinschaft, die Abstammung, nicht aber die Gemeinschaft selbst vorhanden ist. Würden sämmtliche Abkömmlinge von den Eltern sofort sich selbst überlassen, oder ein- für allemal fremden Leuten übergeben, so würden wir vermuthlich gar keinen oder einen von unserm wirklichen Sprachgebrauche wesentlich abweichenden Familienbegriff besitzen. Was ihn erzeugt hat, ist die Thatsache, daß statt dessen vielmehr

zwischen Eltern und Kindern ein eigenthümliches Verhältniß (Verhalten) oder Zusammenleben sich entwickelt. Jedenfalls ist es nur dieses Zusammenleben, diese Lebensgemeinschaft, die uns bei der gegenwärtigen Untersuchung interessirt. Und wiederum muß ich nun behaupten, daß dieses Zusammenleben als wahres Zusammenleben, als wahre Lebensgemeinschaft nur besteht durch gewisse von den Betheiligten anerkannte Normen. Eine Familie, in welcher Pflichten des Schutzes oder der Erziehung gegenüber den Kindern, Pflichten des Gehorsams gegenüber den Eltern nicht mindestens in einem gewissen Maße anerkannt würden, ist nimmermehr eine Lebensgemeinschaft, die auf den Titel „Familie" Anspruch hätte.

Ich gebe hierbei vollständig zu, daß eine Anerkennung der das Familienverhältniß constituirenden Normen seitens der Kinder für das früheste Alter wohl nur verneint werden kann. Zwar wird eine unwillkürliche, unbewußte Anerkennung sich schon sehr bald einstellen; aber daß zwischen diesem Anfangstermine und der Geburt eine Lücke bleibt, vermag ich nicht zu leugnen. Nur folgt daraus wiederum nichts gegen meine Ansicht, daß irgend welche anerkannte Normen nicht nur Voraussetzung, sondern auch das Charakteristische jedes Zusammenlebens seien. Anerkennung solcher Normen findet auch hier statt, und zwar eben der obengedachten, auch für den weitgefaßtesten Familienbegriff wesentlichen Normen. Freilich nur Anerkennung von der einen Seite her. Allein in Wahrheit ist auch eine Familie, die bloß aus Vater, Mutter und einem neugeborenen Kinde besteht, nur ein

einseitiges Zusammenleben, gemessen an der für diese Betrachtung allein maßgebenden Auffassung der Familie als eigenthümliches Gemeinschaftsverhältniß erst eine werdende Familie. Es bleibt mithin dabei: auch die Familie ist nicht zuerst Lebensverhältniß und erst dann Rechtsverhältniß; sondern sie ist Lebensverhältniß (ein Verhältniß von Zusammenlebenden) nur, weil und soweit sie Rechtsverhältniß ist, weil und soweit die in ihr begriffenen Subjecte gewisse eigenthümliche Normen für ihr Verhalten zu einander anerkennen.

73. Das Urtheil, das wir der Familie sprechen müssen, enthält auch schon eine Widerlegung der bisher herrschenden Ansicht von Volk und Recht. Wenn selbst die Familie, die gegenüber dem Volke doch unter allen Umständen noch ein plus von Naturwüchsigkeit besitzt, zum Lebensverhältniß und damit überhaupt zu dem, was wir mit Familie meinen, nur durch die Anerkennung gewisser characteristischer Normen wird, so kann es noch viel weniger einem Zweifel unterliegen, daß auch das Volk zuvörderst das Product gewisser anerkannter Normen sein muß und nicht die Quelle. Doch unsere Gegner sollen nicht sagen, wir hätten uns die Kritik der sog. historischen Rechtsansicht zu leicht gemacht. Fassen wir daher dieselbe noch von einer anderen Seite, indem wir zeigen, daß die in ihr selbst eingeschlossenen Widersprüche ebenfalls zu unserer Ansicht hindrängen.

Wenn Puchta (Pandecten § 10) das Recht definirt als „die gemeinsame Ueberzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden" und gleich darauf es entstehen läßt aus dem Willen der Nation, d. i. eines natürlichen, auf

natürlichen Verhältnissen beruhenden, von einem und demselben Volksgeiste beseelten Ganzen, so stimmen schon diese beiden Sätze nicht recht zusammen. Der erste ist nur verständlich, wenn die gemeinsame Ueberzeugung als der Grund gedacht wird, aus welchem die Gemeinschaft zugleich als rechtliche prädicirt wird. Der andere dagegen setzt schlechtweg den Willen des als Nation oder Volk zu bezeichnenden „Naturganzen" als Recht. Nach jenem Satze würde auch das Volk rechtliche Gemeinschaft erst werden durch die wirkliche Gemeinsamkeit der Ueberzeugung der Volksgenossen, nach diesem entscheidet allein ein mystisches Etwas, das die historische Schule übereinstimmend Volksgeist nennt, über Entstehung oder Nichtentstehung des Rechts. Diesen Volksgeist als wahrhaften Geist, als ein lebendiges selbstbewußtes Wesen zu fassen, hat Puchta freilich nicht gewagt. Im Gegentheil leitet er (Gewohnheitsrecht I, S. 135) das Volk aus Abstammung und räumlicher Absonderung ab. Aber wie wenig er doch auch wiederum diesen Volksgeist als eine bloße Charactereigenthümlichkeit aller Volksgenossen verstanden wissen will, folgt daraus, daß er eine gemeinsame Ueberzeugung aller Einzelnen einerseits (Bd. I, S. 209) nicht immer als Volksüberzeugung gelten läßt, andererseits (Bd. II, S. 17) in der Regel gar nicht fordert.

Ein zweiter Widerspruch ist die Stellung der Puchta-Savigny'schen Theorie (vom Volksgeiste als Grund des Rechts) zu dem Völker- und Kirchenrechte. Das erstere kurzer Hand zu leugnen, „weil es an jeder rechtlichen Form der Geltendmachung fehle" (!?), hat wenigstens

Savigny nicht über sich gewinnen können. Das letztere haben beide anerkannt; Puchta in einer Deduction, die freilich jenen Widerspruch beseitigen möchte, ihn in Wahrheit aber nur noch schlimmer macht. Denn ganz zu schweigen davon, daß die unbefangene evangelische Geschichtsbetrachtung nichts von einer gesetzgeberischen Thätigkeit Christi weiß und daß darum nach Scheurl's trefflicher Ausführung (Zeitschr. f. Kirchenrecht, Bd. II, S. 185 ff.) die ganze Puchta'sche Begründung des Kirchenrechts zu verwerfen ist, muß schon überhaupt das Zugeständniß irgend einer andern, als einer rein nationalen Rechtsquelle der strengen Puchta-Savigny'schen Lehre gefährlich werden.

74. Die neueren Vertreter der historischen Rechtsansicht haben denn auch sich veranlaßt gefunden, die Ansicht nicht unwesentlich zu modificiren. Theils haben sie die halb mystische Figur des Volksgeistes aufgegeben und nur an der Behauptung einer gemeinsamen Ueberzeugung oder eines gemeinsamen Volkswillens festgehalten, theils haben sie die Möglichkeit analoger gemeinsamer Rechtsüberzeugungen auch für andere als nationale Kreise eingeräumt. Allein volle Klarheit kommt dadurch noch nicht in die Sache: der Ausdruck „gemeinsame Rechtsüberzeugung" sagt immer noch mehr, als der Wirklichkeit zu entsprechen scheint, auch wohl mehr, als von den Meisten damit gemeint ist. Und vor allen Dingen ist ein dritter schwerer Fehler der historischen Rechtsansicht auch jetzt noch nicht ganz überwunden: die Auffassung des Gesetzgebers als Organ oder Repräsentant der Volksüberzeugung. Wie sehr dieselbe den Thatsachen in's Gesicht schlägt, wie wenig ihre Vertreter selbst geneigt

sind, diese Auffassung in praxi zu beobachten u. s. w., hat vielleicht Niemand treffender geschildert als Bruhns in seiner geistvollen Skizze des heutigen römischen Rechts (Holtzendorffs Rechtsencyclopädie, Bd. I, S. 257 der 1., S. 342 des 3. Ausg.). Auf der anderen Seite hat freilich Böhlau (Mecklenburger Landrecht, Bd. I, § 43) nicht Unrecht, wenn er behauptet, die wahre Consequenz der historischen Rechtsansicht sei nicht die Auffassung des Gesetzes als Ausdruck der Volksüberzeugung, sondern die strenge Scheidung von Recht und Gesetz. Letzteres sei gar nicht Recht, weil eben nicht Volksüberzeugung, es sei nur Staatswille. Aber die Folge dieser Meinung sind doch wieder nur andere noch bedenklichere Widersprüche. Denn das will ja auch Böhlau nicht aufgeben, daß der Staat Product des Rechts, d. h. der Volksüberzeugung sei. Das kann aber nichts anderes heißen, als: die Verbindlichkeit des Staatswillens (beiläufig eines auch von Böhlau nicht erklärten Begriffes) für die Volksgenossen ruht wirklich auf Volksüberzeugung. Diese Verbindlichkeit ist und bleibt also eine rechtliche; in Bezug auf jeden Gesetzinhalt schlechtweg besteht die Volksüberzeugung, daß er bindet, weil er Gesetz ist, dieselbe Ueberzeugung, die überhaupt — auch nach Böhlau — das Wesen des Rechts sein soll. Ja, die Ueberzeugung von dieser generellen Verbindlichkeit der Gesetze ist jedenfalls viel mehr wahre Volksüberzeugung, als bei vielen speziellen Gewohnheitsrechtssätzen. Mit andern Worten: Richtig ist an der Böhlau'schen Modification der historischen Rechtsansicht die Erkenntniß, daß die Gesetze nicht Recht sind, weil die in ihnen formulirten einzelnen

Normen Ausdruck einer vorhandenen Volksüberzeugung wären, sondern bloß weil und sofern kraft schon vorher entstandener und fortdauernd bestehender Rechtssätze die in Form des Gesetzes auftretenden Normen als Recht gelten. Die Bezeichnung des gesetzlichen Rechts als Volksüberzeugung ist wirklich verfehlt. Allein eben so gewiß folgt hieraus nicht die von Böhlau vorgenommene Ausscheidung des „Gesetzes" aus dem „Rechte", sondern die Nothwendigkeit einer andern Definition von Recht, die auch der prinzipiellen Stellung des Volkes zum Gesetze Rechnung trägt. Denn die Auseinanderhaltung von „Recht sein" und „bloß als Recht gelten" ist keine genügend motivirte. Normen sind eben und können ihrem Begriffe nach nur sein, indem sie als Normen gelten. Die Differenz von Gewohnheitsrecht und Gesetz kann also nicht so weit reichen, daß das eine „Recht" und das andere „Nicht-Recht" ist, sondern nur soweit, daß sie als Recht verschiedener Ordnung erscheinen, zwar nicht nothwendig dem Werthe, wohl aber dem Gange der Rechtsentwickelung nach. „Gesetzesrecht ist ein Recht zweiter Ordnung" bedeutet nichts anderes, als daß es niemals ursprüngliches Recht sein kann, sondern stets ein anderes Recht als seine Kraft bedingend voraussetzt.

75. Durch die letzten Sätze des § 74, zusammengehalten mit der im Anfange desselben bemerkten Erweiterung der historischen Rechtsansicht, die von einer Anzahl neuerer Vertreter derselben bereits vorgenommen ist, erscheint der Uebergang zu meiner Ansicht bereits angebahnt. Nur ein

Punkt bleibt zu erledigen. Damit nämlich, daß neben dem Volke auch andere Lebenskreise als Recht zeugend gedacht werden, ist zunächst immer noch ein Gegensatz zu meiner Behauptung gegeben, daß diese Lebenskreise in erster Linie nicht Quelle, sondern Product des Rechtes sind. Aber daß dieser Gegensatz, wenn einmal erkannt, verhältnißmäßig leicht überwunden werden dürfte, das läßt mich eine soeben zu Händen gekommene Schrift eines Veteranen der historischen Rechtsschule hoffen: Bethmann-Hollweg, „Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit". Zwar ist es eine fast nur beiläufige Bemerkung, in der hier (S. 13) ausgesprochen wird, daß „kein Verhältniß von Mensch zu Mensch denkbar sei, das nicht von Beiden zunächst als ein rechtliches gedacht würde", — daß „ein solches Verhältniß niemals eine bloße äußerliche Thatsache, die ihr rechtliches Gepräge erst von anderswoher zu erwarten hätte, sondern vielmehr das Recht dem Verhältniß, als einer Beziehung vernünftiger Willen auf einander, immanent sei". Und eben weil diese Bemerkungen fast nur beiläufige sind, ist auch nicht zu sagen, ob eine weitere Ausführung nicht etwa doch noch von der im § 68 ff. entwickelten Ansicht mannigfach abweichen würde, ob vielleicht der Ansatz zu einer solchen Differenz darin liegt, daß nicht bloß ein Recht als jedem Lebensverhältnisse immanent bezeichnet wird, sondern schlechtweg das Recht. Unter allen Umständen indessen zeigt die citirte Bemerkung, daß von jener neuern historischen Ansicht, die jeden Lebenskreis als Recht zeugend ansieht, nur ein Schritt ist zu der scheinbar weit abliegenden, daß vor allen Dingen jeder Lebenskreis

durch eine Rechtsbildung zu seiner Existenz kommen und in ihr seinen Character finden muß.

76. Nur ein Schritt; immerhin freilich Raum genug auch zu einem Fehlschritte. Denn ein solcher ist es, wenn v. Bethmann-Hollweg die citirte Aeußerung damit motivirt, daß „das Recht ein Product der menschlichen Vernunft" sei, „wenn auch nicht der reinen, so doch der empirischen". Für's Erste folgt aus diesem letzten Satze bloß, daß überall, wo Recht ist, auch menschliche Vernunft sein muß, aber keineswegs, daß überall, wo Vernunft ist, auch Recht sein müsse. Wäre die Thatsache, daß kein menschliches Zusammenleben ohne Recht sei, nicht anderswoher wirklich zu beweisen, — wie ich meinerseits versucht habe, — durch jenes Argument wäre sie es sicher nicht. Fürs Zweite ist der Ausdruck „Product der menschlichen Vernunft" kein völlig unbedenklicher. Sollte damit nur gesagt sein, daß die Vernunft, besser ausgedrückt, die Existenz vernunftbegabter Wesen die Voraussetzung alles Rechtes sei, so kann ich natürlich den obigen Satz vollständig unterschreiben. Allein je weniger bei dieser Deutung der Worte mit denselben wirklich gesagt ist, um so näher liegt die Gefahr einer andern Deutung, gegen die ich mich auf das entschiedenste verwahren müßte.

Ausgehend von einer vielfach berechtigten Polemik gegen die historische Schule hat neuerdings Adickes (Zur Lehre von den Rechtsquellen 1872) die Ansicht angegriffen, daß alles Recht positiv, das sog. Vernunftrecht in Wahrheit kein Recht sei. Im Gegensatze hierzu behauptet er, in wesentlicher Uebereinstimmung mit den älteren Naturrechts-

lehrern, daß die subjective Vernunft die letzte und höchste Quelle alles Rechtes und mithin überall zu befragen sei, wo das positive Recht schweige; ja er überbietet seine Vorgänger noch, indem er der Vernunft — allerdings speziell nur der richterlichen — schließlich sogar eine Stellung über dem Gesetze anweist (S. 10 und 12, Note 17). Als Beweise aber producirt er theils die Stellung der altdeutschen Schöffen und des über Verbrechen richtenden römischen Volkes (S. 7), theils die offenbare Nothwendigkeit von Auslegung und Analogie, deren Anwendung doch ausschließlich in der Hand des Richters liege (S. 8 ff.). Hier erscheint also unter fast derselben Formel „das Recht ein Product der Vernunft" eine Ansicht, die zu der meinigen im schneidendsten Gegensatze steht. Grund genug für mich, diese Formel ganz zu meiden.

77. Dagegen erfordert die von Abickes vertretene Ansicht, deren bereits früher (§ 70) kurz Erwähnung geschah, noch eine besondere Betrachtung. Der Satz, daß Recht im juristischen Sinne, insbesondere vom Richter anzuwendendes Recht, immer nur ein irgendwie und irgendwann geltendes Recht sei, und zwar eben, weil und sofern es gilt, oder m. a. W. der von Abickes so entschieden verworfene Satz von der Positivität alles Rechts bildet die stillschweigende Voraussetzung meiner Untersuchung. Stimmt nun auch in dieser Voraussetzung nahezu die gesammte deutsche Jurisprudenz so sehr überein, daß die Opposition von Abickes gar keine bemerkenswerthe Nachfolge gefunden hat, so bietet doch immerhin ein solcher Angriff Anlaß, die Berechtigung jener Voraussetzung an der Hand der

wider sie vorgebrachten Gründe von Neuem zu prüfen. Genau betrachtet, ist der Angriff von Abickes freilich ungefährlich genug. Seine ganze Argumentation läuft im Grunde darauf hinaus, daß doch unmöglich den Richtern zugemuthet werden könne, im Mangel positiver Entscheidungsquellen „einfach den Rechtsuchenden durch solennen Gerichtsbeschluß ihr Unvermögen — und damit ihre Abdankung zu proklamiren" (S. 8, Note 11). In simples Deutsch übersetzt heißt dies: es dürfe dem Richter nicht zugemuthet werden, bloß nach dem positiven Rechte zu urtheilen und demgemäß Jeden, der sich für seinen Anspruch nicht auf eine positive Satzung berufen könne, einfach abzuweisen. Warum aber nicht? Nicht nur ist eine solche Forderung an sich ganz wohl verträglich mit der höchsten Werthschätzung des Richterberufes, sondern sie ist auch für manche Gebiete und Perioden der Rechtsgeschichte ausreichend als die der Volksanschauung allein entsprechende bezeugt. Für das Strafrecht steht sie sogar gegenwärtig in allerstrengster Uebung. Wenn also auf andern Gebieten oder zu andern Zeiten dem Richter wirklich zusteht, in geringerem oder ausgedehnterem Maße seine subjective Vernunft walten zu lassen, so kann ihm dies nimmermehr darum zukommen, weil es sich „aus der Natur der Sache" verstünde, sondern einzig, weil das Recht, das überhaupt seine Stellung als Richter begründet und seinen richterlichen Aussprüchen eine verbindende Kraft beilegt, unter gewissen Voraussetzungen ihn auf sein persönliches Ermessen verweist.

Bedürfte es noch einer weiteren Bestätigung dieser Schlußfolgerung, so läge sie in der Thatsache, daß um-

fassendere Gesetzgebungen sehr häufig Regeln über Auslegung und analoge Ergänzung der Gesetze aufstellen. Auch der von *Abickes* selbst citirte vierte Artikel des französischen Code civil ist nichts anderes, als eine solche Regel*). Indem es hier als Justizverweigerung bezeichnet, und entsprechend in Art. 185 des Code pénal mit Strafe bedroht wird, falls der Richter unter dem Vorwande des Stillschweigens, der Dunkelheit oder Unvollständigkeit der Gesetze gar kein Urtheil ertheilen will, so ist damit eben ausgesprochen, daß das französische Recht als ein Ganzes betrachtet sein will, welches für den, der es als Richter anzuwenden hat, vollständig und klar sein müsse. Von einem eventuellen Rechte „*freier* Findung der Rechtsnormen" ist darin gar nicht die Rede. Die positiven Rechtsvorschriften bleiben vielmehr selbst dann, wenn sie gar keine unmittelbare Entscheidung an die Hand geben, für das richterliche Ermessen immer Ausgangspunkt und Schranke der Entscheidung. Findet der vorgebrachte Anspruch gar keinen Raum in dem gesammten Rechtssysteme, so muß er schließlich doch abgewiesen werden, nur nicht wegen Unklarheit oder Unvollständigkeit des positiven Rechts, sondern einfach, weil er darin nicht begründet erscheint. Ungleich deutlicher noch tritt alles dies in unsern deutschen Civilgesetzbüchern hervor**).

---

*) Der Artikel lautet: „Le juge, qui réfusera de jüger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

**) So sagt z. B. das *Preuß. Allg. Landrecht* in den *allgemeinen Bestimmungen* §§ 46, 49: „Bei Entscheidung streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beilegen,

Allein auch da, wo es an derartigen gesetzlichen Regeln der Gesetzesanwendung gänzlich fehlt und wo man mit Adickes von einem Rechte „freier Rechtsfindung" allenfalls sprechen könnte, wie bei den altdeutschen Schöffengerichten, hält es nicht schwer zu erkennen, daß die thatsächlich herrschende Rechtsanschauung mit der obigen allgemeinen Auffassung übereinstimmt, will sagen, daß der „freien Rechtsfindung" der Schöffen nur darum bindende Kraft zukommt, weil und soweit sie das geltende positive Recht ihr zuspricht. Unbedingt frei war übrigens auch diese Rechtsfindung keineswegs; ja sie war im Grunde viel weniger frei, als man oberflächlicher Betrachtung nach anzunehmen geneigt ist. Ich sehe ganz ab davon, daß bei der größeren Einfachheit und Gleichartigkeit der gesammten Lebensverhältnisse wohl nur verhältnißmäßig selten von den Schöffen etwas als Recht angenommen worden ist, das nicht schon vorher mehr oder weniger allgemeine Anerkennung gefunden hätte. Denn das ist freilich nur eine thatsächliche, keine rechtliche Unfreiheit in der Rechtsfindung. Allein daneben steht auch eine doppelte positivrechtliche Beschränkung der Urtheilsfreiheit; einerseits das Recht des Judex, die Schöffen zu weisen, falls sie gegen notorisch geltende Rechtssätze verstoßen, andererseits

als welche aus den Worten und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellet." — „Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach dem in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß erkennen." Aehnlich Sächs. bürg. Gesetzbuch, §§ 22 ff.

das Recht der Parteien zur Urtheilsschelte, bekanntlich einem Rechtsmittel von durchaus formaler Natur, um das Urtheil in concreto als Recht oder Unrecht zu erweisen. Die Berufung auf die arbiträren Criminalurtheile der römischen Comitien endlich bedarf doch wohl kaum erst der Widerlegung. Sollten dieselben auch als wirkliche Urtheile und nicht vielmehr als Begnadigungsacte aufzufassen sein, unter allen Umständen bleiben sie doch Acte derselben Organe und von derselben Art, als durch welche überhaupt für das römische Volk positives Recht entstand, können also unmöglich als Beispiel richterlicher Rechtsfindung kraft der subjectiven Vernunft, unmöglich als Beweismaterial gegen die Positivität alles Rechts angeführt werden.

IX.

78. Kehren wir jetzt noch einmal zu der Frage zurück, die uns zu der Erörterung der §§ 68—77 veranlaßte:

> ob nicht eine Entscheidung über die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Lebenskreise schon das Recht selbst reits voraussetzt?

Die Nothwendigkeit, sie zu bejahen, ist bisher in dem Sinne von mir angenommen und bez. erwiesen worden, daß alles Zusammenleben durch irgend welches Recht bedingt und characterisirt wird. Dieselbe Frage kann aber auch in einem noch spezielleren Sinne gestellt werden. Ich denke hierbei natürlich nicht an eine etwaige Identificirung von „Recht" und „bürgerlichem oder staatlichem Rechte". Daß jede Entscheidung über die Zugehörigkeit zu einem gewissen Lebenskreise ein bürgerliches oder staatliches Recht voraussetze, daß jedes Lebensverhältniß, jede Lebensgemeinschaft, jede Gesellschaft von Menschen auf solchem Rechte ruhe, daß ohne solches — d. h. also auch ohne einen voraus-

gesetzten Staat — Ehe, Familie, ja überhaupt jedes menschliche Verhältniß einfach undenkbar sei, das wird überhaupt kein Vernünftiger zu behaupten wagen. Wohl aber kann die obige Frage auch in dem Sinne gestellt werden, ob nicht stets unter den „irgend welchen" Normen, die wir bereits als nothwendige Voraussetzung jeder Lebensgemeinschaft erkannt haben, speziell eine Bestimmung über die Zugehörigkeit zu derselben sich finden müsse?

Man wird nicht umhin können, die Frage auch in dieser engeren Fassung zu bejahen. Aber meiner Ansicht kann dies wiederum nicht zum Schaden, sondern vielmehr nur zur Beglaubigung dienen. Denn soll eine Norm als Norm des Zusammenlebens anerkannt werden; wie dies mein Begriff vom Rechte verlangt, so ist dies eben nicht möglich ohne irgend welche Bestimmung der Subjecte, für welche sie Norm des Zusammenlebens sein soll. Nur braucht diese Bestimmung nicht nothwendig selbst wieder als besondere Norm, oder gar als abstracte Formel aufzutreten. Die Bestimmung kann ebenso gut völlig concreter Art d. h. auf ganz bestimmte Personen gerichtet und von der den eigenthümlichen Charakter des Zusammenlebens begründenden Norm unzertrennlich sein. Und sie wird dies um so eher, je beschränkter der durch die Norm zu begründende Lebenskreis erscheint, sowohl in Bezug auf die Zahl der Zusammenlebenden, als in Betreff des Maßes des Zusammenlebens. Immerhin liegt auch im zweiten Falle eine Bestimmung speziell über die Zugehörigkeit zu dem fraglichen Lebenskreise vor.

79. Wenden wir uns jetzt zu der andern in § 67 gestellten Frage:

wer innerhalb einer Gemeinschaft nun eigentlich anerkennen müsse, damit diese Norm als Recht bezeichnet werden könne,

so ist die Antwort durch den im § 78 erfolgten Hinweis bereits nahe gelegt. Allein ausreichend begründen läßt sich dieselbe nur an der Hand der einzelnen denkbaren Gemeinschaftsarten, wenn sich auch in der Folge zeigen wird, daß, genau betrachtet, ganz dieselben Prinzipien für die einfachsten, wie für die complicirtesten Gemeinschaftsformen maßgebend sind.

80. Stellen wir uns vier individuell bestimmte Personen A, B, C, D in völliger Isolirtheit von der übrigen menschlichen Gesellschaft, beispielsweise als durch Schiffbruch nach vier benachbarten unbewohnten, herrscherlosen Inseln verschlagen vor. Der A tritt zunächst allein in Beziehungen zu den drei Andern, während die Letzteren anfänglich gar nichts von einander wissen oder doch nichts wissen wollen; dann folgt der B, indem er nach dem Vorbilde der mit A zusammen getroffenen Festsetzung AB ähnliche Vereinbarungen mit C und D eingeht; endlich entwickelt sich auch ein Verkehrsverhältniß zwischen D und C. Hier liegen zunächst drei Normengruppen und entsprechend drei rechtliche Gemeinschaftsverhältnisse AB, AC, AD vor, deren Bestand gleichmäßig von der fortdauernden Anerkennung jener Normen als Normen des Zusammenlebens seitens der beiden Genossen abhängt. Will der A von einer Gemeinschaft mit B nichts mehr wissen und die Normengruppe AB insgesammt nicht mehr gelten lassen, so haben

die darin enthaltenen Normen ebenso aufgehört, gültiges Recht der Gemeinschaft AB zu sein, wie diese Gemeinschaft selbst, während natürlich AC und AD davon an sich nicht berührt werden. Nöthigt ihn in der Folge der B, die Normen AB wieder anzuerkennen, so entsteht eine neue Gemeinschaft, wenn auch des gleichen Inhalts. Wird dabei zugleich anerkannt, daß diese Gemeinschaft die Fortsetzung der früheren sein solle, so tritt zu den übrigen anerkannten Rechtsnormen noch diese weitere, unter Umständen wichtige hinzu; aber streng genommen ist's immer eine neue Gemeinschaft, die nur kraft gegenwärtigen Rechtes als die in alter Weise fortbestehende behandelt wird.

81. Dasselbe in einer wie der andern Beziehung muß gelten, wenn unter AB in Wahrheit mehrere völlig selbständige Festsetzungen ab, ab^{II}, ab^{III} begriffen sind und das Aufhören der Anerkennung sich beispielsweise nur auf ab^{III} bezieht. Die Rechtsverhältnisse bez. Normen ab, ab^{II} bleiben hier, sofern auch B fortfährt dieselbe anzuerkennen, ganz ebenso bestehen, wie andererseits AC und AD. Aber ebenso gewiß ist, wenn die Anerkennung Beider später wieder ab^{III} zu Theil wird, das wieder anerkannte ab^{III} streng genommen ein neues Gemeinschaftsverhältniß zwischen den vorher nur durch ab und ab^{II} verbundenen Personen. Und hat etwa gar der B, um diese erneute Anerkennung seitens des A zu erzwingen, zuvörderst die weitere Anerkennung von ab und ab^{II} geweigert, so würden nach erfolgter Wiedervereinigung alle Gemeinschaftsverhältnisse gleich den betreffenden Gemeinschaftsnormen in Wahrheit neue sein. Beiläufig entspricht dies auch sehr wohl der

Bedeutung des Wortes „Fortsetzung", im Gegensatze zu den Worten „Fortdauer" und „Fortbestand".

82. Die bisherigen Erörterungen setzen durchweg voraus, daß nicht nur die Normengruppen AB, AC, AD (§ 80), sondern auch die Einzelnormen ab, ab^{II}, ab^{III} unter sich (§ 81) durchaus von einander unabhängig sich verhalten oder m. a. W. die gedachten Normen alle gleichmäßig auf der fortdauernden speziellen Anerkennung der beiden Theile — und nur auf dieser — beruhen. Ganz anders stellt sich natürlich die Sache, wenn diese Gemeinschaftsnormen nicht als durchgängig coordinirt, sondern theilweise im Verhältniß der Subordination oder wenigstens der Subsumtion gedacht werden. Ich mache diese Unterscheidung, gleich der correspondirenden von „Superordination" und „Supersumtion", in wesentlich demselben Sinne, in welchem sie von Lotze in die logische Lehre von den Begriffen eingeführt ist. Genauer gesagt, ich verstehe unter subordinirten Normen solche, die durch eine allgemeine Norm dergestalt beherrscht werden, daß sie ihrer gesammten Leistung oder Geltung nach durchaus von derselben abhängen, insbesondere also sofort und vollständig hinwegfallen, sobald die superordinirte Norm wegfällt; dagegen die bloß subsumirbaren Normen, obgleich sie in der allgemeinen Norm mitenthalten erscheinen, doch zugleich ihre eigene Grundlage behalten und demgemäß von dem Fortbestande der supersumirten Norm unabhängig sind. Oder m. a. W. die subordinirten Normen sind schlechtweg Normen zweiter, dritter rc. Ordnung, niemals Normen erster Ordnung; die bloß subsumirbaren

aber sind nur vom Standpunkte der supersumirten Norm aus Normen zweiter, dritter ꝛc. Ordnung, ihrer eigenen Tendenz nach oder, was hier dasselbe ist, vom Standpunkte der sie unmittelbar als Gemeinschaftsnorm anerkennenden Subjecte, sind sie ganz ebenso sicher Normen erster Ordnung, wie die supersumirte Norm. Wie wichtig diese Unterscheidung ist, wird sich später zeigen. Vorläufig interessirt im höheren Grade dasjenige, was den Fällen der Subordination und Subsumtion von Normen im Gegensatze zur reinen Coordination gemeinsam ist: ich meine die Nothwendigkeit, sofern und so lange diese allgemeine Norm wirklich anerkannt wird, auch die besondern anzuerkennen, mag sie nun der ersteren subordinirt oder bloß subsumirt sein.

Besteht z. B. zwischen A und B eine Norm $\alpha\beta$ dahin gehend, daß Vereinbarungen über einen bestimmten Gegenstand oder von einer bestimmten Form die Paciscirenden binden sollen, bis sie von Beiden aufgegeben werden, und sind nun die Normen ab, ab^{II}, ab^{III} u. s. w. Vereinbarungen dieser bestimmten Art zwischen A und B, so erscheinen diese nothwendig als mitanerkannt, so lange die Norm $\alpha\beta$ selbst von beiden Theilen anerkannt wird. Will A beispielsweise ab^{II} im Widerspruch mit B nicht mehr anerkennen, so muß er erst $\alpha\beta$ selbst die Anerkennung entweder ganz oder doch soweit versagen, daß sie der Norm ab^{II} gegenüber nicht mehr als supersumirt erscheint. Will er an der Norm $\alpha\beta$ festhalten, sei es auch nur, um speziell ab^{III} als Recht aufrecht zu erhalten, so muß er auch ab^{II} als Gemeinschaftsnorm zugeben, bis sie auch der Andere auf-

zugeben bereit ist, und handelt er trotzdem dagegen, so handelt er im Widerspruch mit einer von ihm selbst anerkannten Gemeinschaftsnorm und eben darum auch von seinem eigenen Standpunkte aus „rechtswidrig“.

83. Genau dieselben Beobachtungen lassen sich wiederholen bei der Betrachtung der sämmtlichen Normengruppen AC, AD, BC, BD, CD und der etwa in ihnen enthaltenen Einzelnormen ac, ac^{II}, ac^{III}; — ad, ad^{II}, ad^{III} u. s. w. Auch hier können diese Einzelnormen zunächst völlig unabhängig von einander rein coordinirt gedacht werden und sind demgemäß nach § 79 zu beurtheilen. Und weiter könnten wir dann annehmen, daß jene Einzelnormen Normen zweiter Ordnung sind, nämlich subordinirt oder wenigstens subsumirbar den mit $\alpha\beta$ dem Inhalte nach gleichen, allgemeineren Normen $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$, $\beta\gamma$, $\beta\delta$, $\gamma\delta$; dann würde eben auch für die Verhältnisse AC, AD, BC, BD, CD das in § 82 für AB Bemerkte eintreten. Natürlich aber immer nur für jedes dieser Verhältnisse an sich. Denn so wie diese Verhältnisse bisher gedacht sind, ist jeder der für sie angenommenen Normen, insbesondere auch den eigentlich grundlegenden Normen erster Ordnung $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$, $\beta\gamma$, $\beta\delta$, $\gamma\delta$, die Beschränkung auf zwei individuell genau bestimmte Subjecte AB, AC, AD, BC, BD, CD inhärent.

Thatsächlich freilich wird es selten zu einem solchen bloßen Nebeneinander von sechs dem Gegenstande nach gleichartigen Gemeinschaften mit sechsfachem Rechte unter im Ganzen nur vier Menschen kommen, noch seltener bei einem solchen Nebeneinander bleiben. Was sie je zwei zu ein-

ander in rechtliches Verhältniß gebracht, wird sie fast nothwendig auch zur Vereinigung in einer Gemeinschaft ABCD führen, sogar ohne daß es aller jener Einzelgemeinschaften erst bedürfte; sei es, daß durch gleichzeitiges Zusammentreten Aller sofort ABCD gegründet wird, sei es, daß durch Anschluß an die zuerst bestehende Gemeinschaft AB zunächst ABC und dann erst ABCD entsteht. Nur um so entschiedener aber muß ich davor warnen, die Ausführungen der §§ 80—82 für ein müßiges Vorspiel anzusehen und insbesondere die Bedeutung des zuletzt berührten Gegensatzes zwischen einer Summe von selbständigen Gemeinschaften von je zwei Gemeinschaftssubjecten und einer einzigen Gemeinschaft eben dieser Subjecte zu unterschätzen. Wie durchaus praktisch vielmehr die obige Auseinandersetzung ist, würde theils an gewissen Privatrechtsverhältnissen, theils und noch mehr an der Lehre von den Concordaten im Gegensatze zu wahren völkerrechtlichen Verträgen sich zeigen lassen. Vor der Hand kann ich freilich nur bitten, den vorstehenden und ebenso den nächstfolgenden Erörterungen, trotz ihrer abstracten Form und der nicht wohl zu vermeidenden Breite, volle Aufmerksamkeit zu schenken.

84. Der characteristische Unterschied zwischen den drei Gemeinschaften AB, AC, BC und einer einzigen Gemeinschaft ABC, sowie zwischen den sechs Gemeinschaften AB, AC, AD, BC, BD, CD und der einen ABCD ist nach den Ausführungen der §§ 68 ff. zurückzuführen auf die Verschiedenheit der Normen, auf welchen jede einzelne Gemeinschaft beruht, d. h. welche als

Gemeinschaftsnormen von den die Gemeinschaft bildenden Subjecten anerkannt werden. Offenbar aber darf man ihn nicht vorzugsweise in der etwaigen Verschiedenheit des Gegenstandes dieser Normen suchen. Wenn die Normen $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$, $\beta\gamma$, $\beta\delta$, $\gamma\delta$, ja selbst die darauf gegründeten Einzelnormen zweiter Ordnung als dem Gegenstande nach gleichartig gedacht werden konnten, so läßt sich eine *solche* Gleichartigkeit der Norm $\alpha\beta\gamma$ oder $\alpha\beta\gamma\delta$ mit der Norm $\alpha\beta$, ja selbst der Normen abc, abc^{II} ꝛc. oder abcd, $abcd^{II}$ ꝛc. mit den früher gedachten ab, ab^{II} ꝛc. nicht nur als möglich bezeichnen, sondern sie ist da, wo sich ABC und ABCD durch Zutritt von C und bez. D entwickelt, gerade durch die Natur der Sache gegeben. Noch weniger kann der Unterschied in die Verschiedenheit der Personen der Anerkennenden gesetzt werden. Sind es doch in beiden Fällen dieselben Personen, welche die dem Gegenstande nach gleichartigen Normen anerkennen. Es bleibt also nur übrig den allgemein durchgreifenden Unterschied in dem zu suchen, was bereits im § 79 als entscheidend für die ganze Sache bezeichnet worden ist: in der den betreffenden Normen inhärirenden *Bestimmung der Subjecte, für welche die Normen als Norm des Zusammenlebens* anerkannt werden, in der *Bestimmung der Subjecte, welche durch die Anerkennung der Normen zu einer concreten Gemeinschaft verbunden werden sollen.*

85. Dieser allgemeinste Unterschied zwischen AB, ABC und ABCD kann zuvörderst wesentlich derselbe sein, der in den Fällen der §§ 80—82 zwischen AB einerseits, und AC,

AD andererseits anzunehmen war. Dies gilt sogar unbedingt, sofern und so lange die die Personen A, B, C und D zu einem Gemeinschaftsverhältnisse verbindenden Normen vorerst als rein coordinirte gedacht werden. Denn hier ist eben ABCD nur der Ausdruck für eine Summe von Gemeinschaftsverhältnissen bez. Normen abcd, $abcd^{II}$ u. s. w. Es kann aber auch selbst dann noch gelten, wenn mit $\alpha\beta\gamma$ für die Gemeinschaft ABC und mit $\alpha\beta\gamma\delta$ für die Gemeinschaft ABCD eine allen andern superordinirte oder doch supersumirte Norm anerkannt erscheint. Nehmen wir z. B. an, die Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ laute dem Gegenstande nach ganz wie nach § 82 die Norm $\alpha\beta$ dahin, daß „Vereinbarungen von einer gewissen Form die Paciscirenden binden sollten“, so ist damit die Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ selbst nach Inhalt und Character keineswegs genügend bezeichnet. Bei der Norm $\alpha\beta$ des § 82 sind als Paciscirende und mithin als Subjecte der subordinirten Normen immer nur A und B denkbar; bei der bisher gegebenen Characteristik der Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ dagegen läßt der Ausdruck „Vereinbarungen zwischen den Gliedern der Gemeinschaft ABCD“ noch eine dreifache verschiedene Deutung zu. Es können gemeint sein: 1) Vereinbarungen, die von den genannten vier Personen zusammen getroffen werden und demgemäß mit abcd, $abcd^{II}$ &c. zu bezeichnen sind; 2) Vereinbarungen zwischen nur je zwei Personen, also ab, ac, ad, bc, bd, cd, ab^{II}, ac^{II} &c.; 3) Vereinbarungen zwischen drei Personen, als abc, acd, bcd, abc^{II}, acd^{II}, bcd^{II} &c. Sind nun in der Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ nur Vereinbarungen der ersten Art gemeint oder sind m. a. W. nur Normen,

wie abcd, $abcd^{II}$, nicht aber ab, ac, ad als durch die Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ ein= für allemal anerkannt zu erachten, so behalten auch die Normen $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$ ꝛc. neben $\alpha\beta\gamma\delta$ selbstständige Bedeutung; sie bleiben der Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ coordinirt und sind wie diese auch fortan schlechtweg als Normen erster Ordnung zu betrachten, deren Geltung von der Anerkennung der zwei in dieser besonderen Gemeinschaft stehenden Subjecte AB, AC, AD abhängt. Das Gleiche gilt mutatis mutandis von allen etwaigen Normen $\alpha\beta\gamma$, $\alpha\beta\delta$, die für die Gemeinschaftsverhältnisse ABC, ABD genau dasselbe bedeuten, wie $\alpha\beta\gamma\delta$ für ABCD und $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$ ꝛc. für AB, AC, AD ꝛc. Bezieht sich dagegen die Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ auch auf Vereinbarungen der zweiten und dritten Art, so müssen nunmehr auch die Normen $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$ ꝛc., sowie $\alpha\beta\gamma$, $\alpha\beta\delta$ ꝛc., sofern sie auf Vereinbarungen der verlangten Form beruhen, der Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ zum Mindesten subsumirt werden, erscheinen also, von letzterer aus betrachtet, als Normen zweiter Ordnung.

86. Ich mache darauf aufmerksam, daß ich im letzterwähnten Falle die Normen $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$ ꝛc., sowie $\alpha\beta\gamma$, $\alpha\beta\delta$ ꝛc. vorläufig nur als subsumirte auffasse, nicht als subordinirte, also nicht schlechtweg als Normen zweiter Ordnung, die mit der ersten stehen und fallen (vgl. oben § 82). Um zu entscheiden, ob sie im concreten Falle das Eine oder das Andere sind, ist weiter zu untersuchen, ob die betreffenden Personen A, B, C, D die Normen $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$ ꝛc. und $\alpha\beta\gamma$, $\alpha\beta\delta$ ꝛc. unmittelbar als für die betreffenden einzelnen Gemeinschaftsverhältnisse bindend

anerkennen, oder bloß weil sie auf Vereinbarungen nach der in $\alpha\beta\gamma\delta$ vorgezeichneten Form sich gründen. Thun sie das Letztere, so ist insoweit der ganze Complex der Normen AB, AC, AD 2c., ABC, ABD 2c. der einen Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ subordinirt und dasselbe ist zu sagen von den durch sie characterisirten Gemeinschaftsverhältnissen gegenüber der einen Gemeinschaft ABCD. Thun die gedachten Personen dagegen das Erstere, so ist nur ein Verhältniß nothwendiger Subsumtion, nicht aber der Subordination vorhanden. Die Folge ist, daß in diesem Falle die etwaige Auflösung der Gemeinschaft ABCD die Gemeinschaften ABC, ABD 2c., AB, AC, AD 2c. unberührt läßt; die Normen $\alpha\beta\gamma$, $\alpha\beta\delta$ 2c., $\alpha\beta$, $\alpha\gamma$, $\alpha\delta$ 2c. bleiben als Normen dieser letzteren Gemeinschaften ruhig bestehen, wenn sie auch aufgehört haben Normen zweiter Ordnung innerhalb der bisherigen Gemeinschaft ABCD zu sein. Wären sie dagegen nicht bloß unter $\alpha\beta\gamma\delta$ zu subsumirende, sondern unter $\alpha\beta\gamma\delta$ subordinirte Normen, so müßten sie als mit dieser Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ hinweggefallen erachtet werden.

87. Ich müßte fürchten, auch die geduldigsten Leser zu ermüden, wenn ich alle möglichen rechtlichen Beziehungen, die nach dem Obigen schon für die geringe Zahl von vier Personen denkbar sind, auch nur in formeller Hinsicht hier einzeln durchgehen wollte. Es bedarf dessen auch nicht; wer Verlangen darnach hätte, wird es an der Hand der gegebenen Gesichtspunkte leicht selbst thun können. Nur einen, allerdings eigentlich selbstverständlichen, aber darum nicht minder wichtigen Punkt möchte ich noch besonders herausheben. Bisher ist immer nur von einer superordinirten oder bez.

wenigstens supersummirten Norm die Rede gewesen. Dies beruht durchaus nicht auf dem Gedanken, daß zuoberst immer eine allgemeine Norm stehen müsse. Neben der im § 86 besprochenen Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ sind sehr wohl noch eine ganze Reihe von Normen gleicher Ordnung denkbar, die wir im Allgemeinen mit $\alpha\beta\gamma\delta^{II}$, $\alpha\beta\gamma\delta^{III}$ 2c. bezeichnen können. Ich erinnere zunächst an die oben bemerkte dreifache Deutung des Satzes, daß Vereinbarungen zwischen A, B, C, D von einer gewissen Form binden sollen; offenbar lassen sich alle drei Deutungen auch als selbständige einander coordinirte Normen auffassen. Dazu kann die „Form der Vereinbarung" höchst verschieden sein, so daß allein in Rücksicht hierauf eine ganze Menge von Normen derselben Ordnung möglich sind. Immerhin mag man dann behaupten, daß alle diese Normen sich als Consequenzen einer allgemeinen Norm, etwa „daß Verträge überhaupt binden", auffassen lassen; so lange man jedoch nicht nachweist, daß diese allgemeinere Norm auch eine wirklich als Gemeinschaftsnorm von und für ABCD anerkannte sei, und zwar nachweist aus Thatsachen, nicht aus bloßem subjectiven Bedürfniß, — so lange bleibt es dabei, daß jene verwandten Normen $\alpha\beta\gamma\delta$, $\alpha\beta\gamma\delta^{II}$ 2c. sämmtlich Normen erster Ordnung sind. Noch mehr. Selbst wenn diese Normen zum Theil zu widersprechenden Normen zweiter Ordnung führen, ist daraus allein kein Grund zu entnehmen, die Coordination der ersteren Normen zu bestreiten. Setzen wir z. B. neben die genannten, unter sich verwandten Normen $\alpha\beta\gamma\delta$, $\alpha\beta\gamma\delta^{II}$ 2c. einige von allen diesen erheblich verschiedene $\alpha\beta\gamma\delta^{XI}$, $\alpha\beta\gamma\delta^{XII}$ 2c.

etwa dahin lautend, daß unter gewissen Voraussetzungen A und B, unter gewissen andern Voraussetzungen auch der A allein, durch ihre Anordnungen die übrigen Gemeinschaftsgenossen binden solle. Hier ist es sehr wohl denkbar, daß C, D einen Vertrag cd schließen, der sie nach der Norm $\alpha\beta\gamma\delta$ bindet, und andererseits A, B in Gemäßheit von $\alpha\beta\gamma\delta^{XI}$ oder A allein in Gemäßheit von $\alpha\beta\gamma\delta^{XII}$ gewisse Anordnungen treffen, die C, D ebenfalls binden und zwar so, daß Letzteren die gleichmäßige Erfüllung des Vertrages cd und der Anordnungen von A, B und A unmöglich ist. Durchaus voreilig wäre es aber, hieraus unter allen Umständen folgern zu wollen, daß der Widerspruch zwischen diesen Normen zweiter Ordnung kein wirklicher, sondern bloß ein scheinbarer sei, hervorgegangen aus einer oberflächlichen Betrachtung der angeblichen Normen erster Ordnung. Richtig ist von dieser voreiligen Schlußfolgerung nur soviel, daß jeder derartige Widerspruch in den Consequenzen eine Anregung sein muß, den Inhalt der grundlegenden Normen selbst genauer darauf zu prüfen, ob nicht vielleicht doch die eine oder die andere ganz oder partiell subordinirt sei. So sind die Normen, welche die Gültigkeit der Verträge im Staate betreffen, denjenigen Normen, welche die Gesetzgebung reguliren, in unserem heutigen staatlichen Recht zweifellos subordinirt, und möglich wäre also auch die gleiche Annahme für unsere Gemeinschaft ABCD. Nicht jedoch ist davon auszugehen, daß es sich immer so verhalten müsse.

88. Es ist klar, daß sich die Zahl der möglichen

Gemeinschafts- und beziehungsweise Normen-Combinationen — auch wenn man sie fortgesetzt nur von der formellen Seite betrachtet — rasch bis in's Unendliche steigern läßt, indem man noch weitere einzelne, individuell bestimmte Subjecte E, F, G u. s. w. in Rechnung zieht. Aber irgend welche neue Beobachtung würde sich aus alledem kaum ergeben; schließlich würde auch die Gemeinschaft ABCDEF....Z zu den kleineren Gemeinschaften AB, ABC, ABCD u. s w. bis ABCDEF . . . . Y sich qualitativ genau so verhalten, wie nach dem Bisherigen ABCD zu AB und ABC. Und insbesondere würden wir auf diesem Wege allein niemals zu einer Gemeinschaft gelangen, wie sie das Volk, die bürgerliche Gesellschaft, der Staat ist, ja, nicht einmal zu dem juristisch-technischen Begriffe des Vereins. Nehmen wir an, die Personen ABCD . . . . . OP setzen unter sich fest, daß Jeder von ihnen einen gewissen monatlichen Beitrag zahlen, dieser von A einkassirt und zu einem bestimmten Zwecke verwendet werden soll, so entsteht hiedurch immer nur eine Gemeinschaft der in § 85 ff. geschilderten Art, d. h. eine Gemeinschaft, deren Subjecte durch die grundlegenden Normen individuell bestimmt sind, kein „Verein" im technischen Sinne des Wortes. Wird die Gemeinschaft auf eine einzige Person Q erstreckt, oder hört auch nur ein Einziger von den genannten Personen (z. B. der P) auf, die gedachte Gemeinschaftsnorm (abcd . . . op) bez. die ihr superordinirte Norm erster Ordnung ($\alpha\beta\gamma\delta$ . . . $o\pi$) anzuerkennen, so ist die ganze bisherige Gemeinschaft vernichtet; das Hinzutreten des Q und im anderen Falle

das thatsächliche Festhalten der übrigen Personen (ABC . . . O) bedeutet in Wahrheit Bildung einer neuen Gemeinschaft auf Grund einer neuen, wenn auch sachlich gleichartigen Norm. Gerade darin besteht aber anerkanntermaßen das Characteristische des Vereins (der Universitas oder Corporation im weitern Sinne), daß er derselbe bleibt trotz des Wechsels der Personen der Gemeinschaftsgenossen. Soll also an Stelle jener Gemeinschaft ein Verein treten, so muß vor allen Dingen an Stelle der jenen Gemeinschaftsnormen eigenthümlichen Beziehung auf individuell bestimmte Personen eine Beziehung auf nur generell bestimmte Subjecte treten.

89. Was alles Inhalt einer Vereinsnorm sein könne, ist nicht wohl im Allgemeinen zu sagen. Nicht einmal das Verhältniß zu dem, was Inhalt einer Gemeinschaft mit individuell bestimmten Subjecten sein kann, wage ich durch eine allgemeine Formel zu bestimmen. Es kann kein Zweifel sein, daß es Vereinsnormen giebt, die nur als solche, nicht auch als Normen für die Gemeinschaft mit individuell bestimmten Subjecten denkbar sind; so die Normen über Ein- und Austritt von Mitgliedern. Viele andere haben wenigstens nur als Vereinsnormen rechten Sinn. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß der mögliche Inhalt der Vereinsnormen der in jeder Hinsicht umfassendere sei; denn andererseits läßt sich nicht behaupten, daß jede Norm, die bisher Norm für eine Gemeinschaft von individuell bestimmten Subjecten war, sich in eine Vereinsnorm umdenken lasse. In der Regel freilich unterliegt ein solches Umdenken und eine entsprechende Umwandlung der Gemeinschaft gar

keiner Schwierigkeit; letztere erfolgt sogar in vielen Fällen unbewußt, indem sich die ursprünglich individuell bestimmten Gemeinschaftssubjecte zu einer Aufnahme Anderer entschließen. Aber allgemeine Grundsätze hierüber aufstellen zu wollen, würde ebenso vergeblich als nutzlos sein.

90. Um so entschiedener ist darauf hinzuweisen, *daß zu der Normen-Anerkennung, die einen Verein begründet und erhält, wirklich ebenso, wie bei der Gemeinschaft von individuell bestimmten Personen, die Anerkennung Aller gehört, d. h. aller derjenigen Subjecte, an welche die betreffenden Normen sich richten.* Und ich hoffe auf Zustimmung meiner Leser, sofern sie nur wiederum genau sich vergegenwärtigen, was einestheils mit der *Beziehung einer Norm auf generell bestimmte Subjecte*, anderentheils mit der *Anerkennung seitens dieser generell Bestimmten* eigentlich gesagt ist.

Wer zu einem Verein gerechnet werde, wer demgemäß die Vereinsnormen befolgen *soll*, das pflegt in der Regel aus einem „Vereinsstatute" entnommen zu werden, welches außer Anderem auch die Bedingungen der Mitgliedschaft, d. h. der Aufnahme in den Verein und des Ausscheidens aus demselben feststellt. Daß nun Jeder, der sich aufnehmen läßt, die Vereinsnormen damit als Vereinsnormen für sich und die Aufnehmenden anerkennt, und daß auf der anderen Seite die ihn Aufnehmenden diese ebenso anerkennen als Normen für sich und den Aufgenommenen, liegt auf der Hand. *Aeußerlich* giebt also jede Aufnahme von Mitgliedern genau dasselbe Bild, wie die früher besprochene

Umwandlung der Gemeinschaft AB durch Zutritt des C in ABC u. s. w. Der innerliche Unterschied aber ist der, daß in den früher besprochenen Gemeinschaftsfällen den Normen die Beziehung auf die genannten bestimmten Personen inhärirt, mithin die Anerkennung derselben von einer und für eine weitere Person zugleich nothwendig eine Veränderung der grundlegenden Normen und damit der Gemeinschaft selbst bedeutet; dagegen im gegenwärtigen Falle die grundlegenden Normen zugleich für die hinzutretenden Subjecte mitberechnet sind und mit dieser Qualität von den Gemeinschaftsgliedern fortgesetzt anerkannt werden. Hier würde also gerade umgekehrt eine Aenderung der grundlegenden Normen erforderlich sein, um der Gemeinschaft die beschränktere Beziehung auf bestimmte Individuen zu geben. Und das Gleiche gilt natürlich für die Frage, welche Bedeutung dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft zukommt. Während im frühern Falle jeder Austritt zugleich die Aufhebung der Gemeinschaft bedeutet, eben weil derselbe auch die andern Gemeinschaftsgenossen zu einer Aenderung der grundlegenden Gemeinschaftsnormen nöthigte, steht er im gegenwärtigen Falle mit diesen Normen (die sich immer nur an die nicht ausgeschiedenen Mitglieder richten) in vollem Einklange, läßt also die Gemeinschaft ihrem Wesen nach durchaus unberührt, sofern nur überhaupt Personen übrig bleiben, welche die grundlegenden Normen fortdauernd anerkennen.

91. Wie aber, wird man einwerfen, wenn nun Einige austreten, die Uebrigbleibenden selbst jedoch getheilter Ansicht sind, — wenn nur die Einen weiter anerkennen wollen,

die Anderen nicht? Wie dann? — Dieses Bedenken ist mit der einfachen Bemerkung von der Hand zu weisen, daß Nichtmehranerkennung der Gemeinschaftsnormen und Ausscheiden aus der Gemeinschaft nothwendig ein und dasselbe sind. Scheinbar freilich ist diese Identität da aufgehoben, wo das Vereinsstatut, wie oben bemerkt, das Ausscheiden besonders regulirt. Allein es ist das eben wirklich nur Schein; und zwar beruht derselbe theils auf einer Zweideutigkeit des Wortes „Austritt", theils auf der immer wiederkehrenden Vermengung der Vereinsnormen und des entsprechenden Vereinsbestandes an sich mit dem bürgerlichen Rechte über Personenvereine.

Ich nehme den zweiten Punkt voraus. Gleichwie in § 86 die individuell bestimmten Gemeinschaften AB und ABC in einem Verhältnisse der Subordination oder Subsumtion zu ABCD gedacht wurden, so kann auch ein Verein $A^1A^2A^3 \ldots A^x$ einem andern größeren Vereine $B^1B^2B^3 \ldots B^x$ subordinirt oder subsumirt sein. Ein solches Verhältniß mindestens der Subsumtion, öfters auch der wahren Subordination liegt nun in der That gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft oder dem Staate bei denjenigen Vereinen vor, die aus Mitgliedern eines und desselben Volkes oder Staates bestehen*). Und eben in Folge dieses Verhältnisses ist jedes Vereinsmitglied, das die supersumirten, oder gar superordinirten Normen des Staates noch anerkennt,

*) Die speziellere Erörterung dieses Verhältnisses muß dem zweiten Buche vorbehalten bleiben.

zugleich auch an die subsumirten oder subordinirten Normen des Vereins gebunden. Ein Austritt aus dem Vereine ohne Erfüllung der im Vereinsstatute vorgeschriebenen Bedingungen ist also in diesem Falle gar kein Austritt; nicht indessen, weil die Nichtanerkennung der Vereinsnormen zum Austritt nicht genügte, sondern darum, weil der die Anerkennung der Vereinsnormen ausdrücklich Weigernde dieselben indirect doch noch anerkennt, so lange er die superordinirte oder doch supersumirte staatliche Norm anerkennt, welche die in den Verein einmal Aufgenommenen zur Beobachtung der Vereinsnormen verpflichtet. Fällt dagegen auch diese Anerkennung hinweg, d. h. ist das betreffende Subject im Stande, sich jeder Anerkennung des betreffenden bürgerlichen Rechts zu entziehen, so ist auch hier in Wahrheit das Aufhören der Anerkennung der Vereinsnormen ein vollständiges Ausscheiden aus dem Vereine.

Umsomehr ist das Letztere zu behaupten, wenn der Verein von Anfang an von aller sonstigen Gemeinschaft (außer und über ihm) isolirt gedacht wird. Zwar ist selbst unter dieser letzten Voraussetzung ein „Wille der (übrigen) Vereinsgenossen, den Nichtmehranerkennenden, so lange er nicht in statutenmäßiger Form ausgetreten ist, als Vereinsglied zu betrachten," nicht absolut undenkbar. Aber in Wahrheit ist hier ein Anderes gewollt, als die Worte besagen. Die Wirkung eines solchen Willens ist nur, daß der Nichtanerkennende einfach durch die eigene Wiederanerkennung der Vereinsnorm von Neuem thatsächliches Mitglied werden kann. So lange dagegen die vollständige Nichtanerkennung dauert, so lange ist er so wenig wirklich

Mitglied und so wenig an die Vereinsnormen rechtlich gebunden, wie ein Todter, den die übrigen Vereinsgenossen noch als lebendig betrachten. Und will man ihn trotzdem nicht als ausgeschieden oder als ausgetreten bezeichnen, weil er es nicht nach dem Vereinsstatute ist, so muß man nur um so schärfer im Auge behalten, daß der statutenmäßige Austritt und wirkliches Ausscheiden aus dem Vereine zwei verschiedene Begriffe sind, von denen für den Vereinsbestand und für die Frage, wer die Vereinsnormen anerkennen müsse, damit sie als Vereinsnormen angesehen werden können, durchaus nur der letztere Begriff relevant ist.

92. Die beste Probe dieser ganzen Deduction liefert der Fall der völligen Auflösung eines Vereins. Erfolgt diese nicht nur in Widerspruch mit dem Grundstatut, sondern erscheint auch solches Grundstatut in dieser Beziehung als einem bürgerlichen Rechtssatze subsumirt oder gar subordinirt, so ist so lange, als die thatsächlich aus einander gelaufenen Genossen noch im Bereich des fraglichen bürgerlichen Rechtes sind, entweder noch gar keine wahre Auflösung (so unter Voraussetzung der Subordination) oder doch wenigstens keine Auflösung vom Gesichtspunkte des bürgerlichen Rechtes aus vorhanden (so schon im Falle der Subsumtion). Ist dagegen weder Subordination noch Subsumtion unter das bürgerliche Recht anzunehmen, so ist die thatsächliche Auflösung durch Nichtmehranerkennung der Vereinsnormen seitens aller bisherigen Vereinsgenossen auch bereits vollständige rechtliche Auflösung, mögen die ehe-

maligen Statuten auch noch so klar eine andere Auflösung fordern.

93. Wir haben bisher die „Gemeinschaft mit individuell bestimmten Subjecten" und den „Verein" als entgegengesetzte Gemeinschaftsformen betrachtet. Der Gegensatz ist indessen kein dergestalt ausschließender, daß eine Verbindung beider Formen an einer Gemeinschaft unmöglich wäre. Vielmehr giebt es wirklich Gemeinschaften, deren Glieder durch die anerkannten Gemeinschaftsnormen zum einen Theile individuell bestimmt sind, so daß mit ihnen die betreffende Gemeinschaft steht und fällt, zum andern Theile nur generell, so daß hier ein Wechsel ohne wesentliche Gemeinschaftsänderung möglich ist. Das Hauptbeispiel einer solchen Gemeinschaft ist die Familiengemeinschaft. Daß die Grundlage der Familie im engeren Sinne stets die Ehe, daß diese und die darauf gebaute Familiengemeinschaft als Gemeinschaften nur bestehen vermöge der sie characterisirenden Normen, daß diese Normen anerkannt sein müssen von Allen, die wirklich als Glieder der beiden Gemeinschaften gelten sollen, alles das wurde bereits oben (§ 72) erörtert. Es bleibt nur übrig, die gewonnenen Resultate unter dem Gesichtspunkte der zuletzt gemachten Beobachtungen zu betrachten. Nennen wir den Hausvater P, dessen Ehefrau und bez. Mutter seiner Kinder M, die Kinder selbst K^1, K^2 u. s. w., so erscheint zunächst die eheliche Gemeinschaft PM — d. h. die einzelne concrete Ehe, nicht das Abstractum „eheliche Gemeinschaft" — als eine Gemeinschaft von zwei individuell bestimmten Subjecten. Nicht so steht die Sache bei

der Familiengemeinschaft. Hier ist vielmehr im concreten Falle nur P individuell bestimmtes Subject, mit dessen Wegfall auch die betreffende Familiengemeinschaft völlig vernichtet wird. Dagegen bleibt die Familiengemeinschaft in ihrem Wesen, d. h. in den nach unseren Begriffen sie characterisirenden Normen eine, nicht nur wenn zu K^1 weiter K^2, $K^3 \ldots K^x$ hinzukommen, oder in der Folge hiervon K^1 hinwegfällt, sondern auch wenn M hinwegfällt, ja sogar wenn an Stelle der verstorbenen oder geschiedenen M die M^2 tritt. Mit andern Worten: trotz alles Wechsels bleibt es die Familie des P; es ist eine, nicht zwei Familien, wenn nach dem Wegfall der M die zweite Frau M^2 hinzutritt und fernerhin die Kinder K^4, K^5 u. s. w. aus dieser zweiten Ehe hervorgehen.

94. Schon Aristoteles läßt aus der Familiengenossenschaft — oder genauer aus der zur Hausgemeinschaft (d. h. unter Hinzunahme des Herrenverhältnisses des Hausvaters zu einer Anzahl ebenfalls nur generell bestimmter dienender Subjecte S^1, S^2 u. s. w.) erweiterten Familie — die Gemeinde (Ortsgemeinschaft, Dorf) und dann aus einer Anzahl von Gemeinden unmittelbar den Staat hervorgehen. Und in der Hauptsache sicher mit Recht. Denn wenn wir auch an unsern neuern Staaten allenfalls noch Mittelstufen in den Städten, den Kreisen, den Provinzen annehmen können, so bilden doch alle diese Mittelstufen keine schlechthin nothwendige Voraussetzung des Staates, sondern auch heute noch können Stadt und Staat zusammenfallen, wie dies nach altgriechischer Auffassung das Normale ist. Freilich wird es unrichtig sein, da, wo

solche Mittelstufen existiren, dieselben bei der Characteristik der Staaten zu ignoriren. Will man aber nicht überhaupt darauf verzichten, die Staaten des Alterthums und unsere modernen Territorial-Staaten unter ein und denselben Begriff zu bringen, so bleibt nur die Alternative, entweder die ersteren aus der Reihe der Staaten zu streichen oder die einfachste Art von Staat zu Grunde zu legen. Eher könnte man Zweifel hegen, ob nicht die Vorstufe der Gemeinde ebenfalls entbehrlich sei. Sehen wir indessen ab von dem vielleicht nicht immer passenden Titel „Gemeinde“ und dem Inhalte der „Gemeindenormen“, der ein sehr verschiedener sein kann, selbst in Beziehung auf die Bestimmung der Gemeindemitgliedschaft, so wird die Annahme dieser Vorstufe durch Erfahrung und Geschichtsbetrachtung mindestens als Regel gefordert. Und dann darf man in der That den Staat und die bürgerliche Gesellschaft als Vereine oder Gemeinschaften characterisiren, in welchen generell bestimmte Gemeinden durch eine Fülle von Normen zu einem eigenthümlichen dauernden Zusammenleben verbunden erscheinen. Oder richtiger gesagt: es ist stets nur ein solcher Verein, den wir nach der einen Seite als Staat, nach der andern als bürgerliche Gesellschaft bezeichnen. Wir nennen ihn „bürgerliche Gesellschaft“, sofern wir ausschließlich die Normen in's Auge fassen, die unmittelbar die Beziehungen Aller zu Allen beherrschen sollen; wir nennen ihn „Staat“, sofern wir auf die Normen sehen, durch welche ein größerer oder geringerer Theil der Genossen in bestimmter Weise zur Leitung dieses Gesammtlebens berufen und als Regierungsgewalt den Regierten gegenüber gestellt wird.

95. Die hiermit skizzirte Vorstellung von der Entwicklung des Staates und bez. der bürgerlichen Gesellschaft aus der Familien-, Haus- und Gemeindegenossenschaft wird noch deutlicher werden, wenn wir sie den bisherigen Erörterungen über Gemeinschaftsnormen und Gemeinschaftsverhältnisse entsprechend formuliren. Denken wir uns unter A, B, C, D u. s. w. theils individuell bestimmte Einzelne, theils individuell bestimmte Familien oder Hausgemeinschaften, d. h. Gemeinschaften von der in § 93 (bez. 94 im Anfange) beschriebenen Art, so wäre die aus einen gebildete Gemeinschaft ABCD . . . NOP ganz nach den §§ 80 ff. (nicht nach §§ 90 ff.) zu beurtheilen. Die Gemeinschaft würde also z. B. zusammenfallen, wenn auch nur e i n e der genannten Familien aus der Gemeinschaft vollständig heraus träte. Ebendarum würden wir sie auch nicht als „Gemeinde" bezeichnen, weil wir mit diesem Worte bereits den Begriff eines dauernden Vereins verbinden, eine Gemeinschaft mit generell, z. B. durch Abstammung oder Wohnsitz bestimmten Subjecten, hier mithin generell bestimmten Hausständen. Die Formel für die einfachste Art von Gemeinde würde vielmehr $A^{1 \cdots x}$ sein, sofern wir unter A^1, A^2 u. s. w. die verschiedenen generell bestimmten F a m i l i e n verstehen. Wiederholen wir ferner diese Beobachtung, indem wir zunächst mehrere Gemeinden $A^{1 \cdots x}$, $B^{1 \cdots x}$, $C^{1 \cdots x}$, $D^{1 \cdots x}$ mit einander als Gemeinschaft mit individuell bestimmten Subjecten, d. h. also hier als eine Gemeinschaft von streng individuell bestimmten Gemeinden denken, so würde wiederum der Ausfall einer einzigen Gemeinde die ganze Gemeinschaft aufheben. Und

wiederum würden **wir** uns scheuen, schon eine solche Gemeinschaft „bürgerliche Gesellschaft“ zu benennen, so wenig **wir** sie als Staat zu bezeichnen vermöchten*), auch wenn durch die ihr etwa characteristischen Normen der einen Gemeinde $A^{1 \cdots x}$ oder einem ihr angehörenden Hausvater A^{x} eine leitende, anordnende Stellung nach dem Vorbilde von § 87 gegeben wäre. Setzen wir dagegen an Stelle einer solchen Gemeinschaft mit individuell bestimmten Gemeinden einen **Verein von generell bestimmten Gemeinden**, so ist damit die Formel für die einfachste Art von Staat und damit auch nothwendig für die einfachste Art bürgerlicher Gesellschaft gegeben: $A^{1 \cdots x} \ldots X^{1 \cdots x}$.

Gebrauchen wir ferner, wie bisher schon, das griechische Alphabet zur Bezeichnung der Normen erster Ordnung, so ist die für die **Gemeinde** grundlegende Norm zu bezeichnen mit $\alpha^{1 \cdots x}$; sofern es mehrere sind, nach dem Vorbilde von § 87 mit $(\alpha^{1 \cdots x})^{I, II, III}$ u. s. w. bezw. $(\alpha^{1 \cdots x})^{XI, XII, XIII}$. Und analoger Weise entspricht dem Ausdruck „**Staat**“ die Normenreihe $(\alpha^{1 \cdots x} \ldots \xi^{1 \cdots x})^{XI, XII, XIII}$ u. s. w., dem Ausdruck „**bürgerliche Gesellschaft**“ die Normenreihe $(\alpha^{1 \cdots x} \ldots \xi^{1 \cdots x})^{I, II, III}$ u. s. w.

96. Beweiset nun aber nicht gerade diese Ausführung, daß Staat und bürgerliche Gesellschaft auseinanderfallen

---

*) Ob nicht viele Staaten ursprünglich Gemeinschaften von individuell bestimmten Gemeinden gewesen und erst im Laufe der geschichtlichen Entwickelung zu Vereinen mit generell (durch Territorialgrenzen oder sonstwie) bestimmten Gemeinden geworden sind, kommt hierbei nicht in Betracht. Unserer heutigen Anschauung erscheint jedenfalls das letztere Moment bereits als wesentliches.

können, während ich in § 94 sie nur zwei Seiten eines Vereins nannte? Freilich nicht so, daß es Staaten ohne bürgerliche Gesellschaft gäbe, wohl aber umgekehrt so, daß die bürgerliche Gesellschaft die Uebergangsstufe zum Staate bildet? — Richtig verstanden, oder vielmehr vor allen Dingen richtig gestellt ist diese Frage zu bejahen. Der Ausdruck „bürgerliche Gesellschaft" ist allerdings so unzweideutig vom Staate erst hergenommen, daß der herrschende Sprachgebrauch, dem ich zunächst gefolgt bin und der ihn nur unter gleichzeitiger Voraussetzung eines Staates zuläßt, ein durchaus correcter ist. Der Sache nach jedoch kann dasjenige, was wir bürgerliche Gesellschaft nennen, sehr wohl vorhanden sein vor dem Staate; ein Verein $A^{1 \dots x} \dots X^{1 \dots x}$, aus generell bestimmten Gemeinden, der nur die Normen $(\alpha^{1 \dots x} \dots \xi^{1 \dots x})^{I, II, III}$, dagegen noch keine Norm von der Art der Normen $(\alpha^{1 \dots x} \dots \xi^{1 \dots x})^{XI, XII, XIII}$ hätte, ist vollkommen denkbar, und es bedarf nur eines andern Wortes, wie Völkerschaft, Volk oder dergleichen, um zu erkennen, daß die Aufstellung dieser Möglichkeit durchaus nichts Neues und Absonderliches ist. Man ist sogar öfters schon zu weit darin gegangen, daß man schlechtweg die Priorität des Volkes vor dem Staate behauptet, während in Wirklichkeit selten oder nie Gemeinschaften von generell bestimmten Gemeinden sich bilden, in denen nicht neben Normen, wie $(\alpha^{1 \dots x} \dots \xi^{1 \dots x})^{I, II}$, auch irgend eine Norm $(\alpha^{1 \dots x} \dots \xi^{1 \dots x})^{XI}$ sofort mit zur Geltung gelangte.

97. Ich bin nicht so vermessen zu meinen, daß mit

den vorstehenden Bemerkungen über Volk, bürgerliche Gesellschaft und Staat bereits eine auch nur einigermaßen erschöpfende Begriffsbestimmung von diesen eigenthümlichen Arten von Vereinen gewonnen sei. Ich bekenne mich vielmehr vorläufig außer Stande, überhaupt solche Begriffsbestimmungen zu geben. Aber für unsere gegenwärtige Untersuchung bedarf es dessen auch gar nicht. Ob ein bestimmter Zweck dem Staate wesentlich und welcher, ob ein festes Landgebiet zum Staate gehöre oder nicht, ob und in welchem Sinne Souveränetät ein unbedingtes Erforderniß für den Staat sei, — all dies sind Fragen, die wir vorläufig ganz bei Seite lassen können. Denn wie man auch versuchen möchte, zu einer Antwort zu gelangen, immer ist doch dasjenige, was in der einen oder anderen Hinsicht von einem Staate als wirkliche Eigenschaft anzunehmen wäre, einzig zurückzuführen darauf, daß die ihm zu Grunde liegenden, anerkannten Normen wirklich einen bestimmten Zweck, ein bestimmtes Landgebiet, eine bestimmte Art von Souveränetät fordern. Stimmten diese Normen bei genauerer Betrachtung nicht mit dem allgemeinen Begriffe, den wir mit dem Worte „Staat" verbinden, so mag man entweder diesen Begriff in Rücksicht auf die zuletzt erworbene bessere Erfahrung modificiren, oder man mag allenfalls, wenn man sich hiezu befugt glaubt, dem fraglichen Gemeinwesen den Titel „Staat" versagen. Immerhin bleibt dieses Gemeinwesen darum ganz dasselbe, welches es an sich war; es ist und bleibt dies vermöge der Normen, die

wirklich in ihm gelten, mögen dieselben nun zu dem allgemeinen Begriffe vom „Staat", wie er aus einer gewissen Anzahl von Exemplaren nach Anleitung eines gewissen officiellen Sprachgebrauches abgeleitet ist, passen oder nicht. Und wenn nun dem so ist, wenn wir uns gleichzeitig erinnern, daß schon nach den Ausführungen des vorigen Abschnittes überhaupt die Verschiedenheit der Normen es ist, die den verschiedenen Gemeinschaften ihren unterscheidenden Character giebt, wenn wir sicher annehmen dürfen, daß die in § 95 aufgestellten Formeln, neben vielleicht einer ganzen Reihe von anderen denkbaren Gemeinwesen, doch auch für Staat und Gesellschaft zutreffen, wenn wir mit einem Worte den Unterschied der letzteren, nicht nur unter sich selber (wie schon gesagt), sondern auch von der ganzen Reihe sonst denkbarer verwandter Gemeinwesen im Inhalte der Normen suchen müssen, so liegt auf der Hand, daß der Verpflichtungsgrund dieser Normen, deren Inhalt entscheiden soll, nur bestehen kann in dem, was die staatlichen oder bürgerlichen Normen mit den Normen aller anderen denkbaren, nach der Formel $A^{1 \ldots x}_{\ldots} X^{1 \ldots x}$ des § 95 gebildeten Gemeinschaften gemein haben.

98. Hiermit sind wir aber nun auch in der Lage, die im § 67 zuerst aufgeworfenen Fragen endlich vollständig zu beantworten. Ich habe diese Beantwortung in § 68 begonnen mit der letzten in § 67 aufgestellten Frage: „ob nicht eine Entscheidung über die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Lebenskreise, insbesondere zum Staate das Recht selbst bereits voraussetze, dessen Entstehung die Theorie aufzeigen

soll?" Und zwar habe ich dieselbe voll bejaht, indem ich nachwies (§§ 68 ff.), daß in der That alle Gemeinschaft nur begründet wird durch Anerkennung irgend welcher, ihren Character bedingender Normen. Ich habe dann weiter gezeigt (§§ 78 ff.), daß jeder solchen Norm eine Beziehung auf gewisse Subjecte, seien es individuell bestimmte (§§ 79 ff.), seien es nur generell bestimmte (§§ 88 ff.), von Anfang an innewohnt und daß von dieser Thatsache aus die Frage, wessen Anerkennung denn eigentlich wesentlich sei für das Zustandekommen des Rechts, sowohl für die Gemeinschaften mit individuell bestimmten Subjecten als für Personenvereine aller Art dahin zu entscheiden sei: die Anerkennung Aller, auf deren Zusammenleben sich die betreffenden Gemeinschaftsnormen wirklich beziehen. Denn wo irgend noch eine Spur von Gemeinschaft ist, da ist auch immer noch Anerkennung, wenn auch vielleicht nur indirecte (§ 91 f.); wer dagegen vollständig aus dem Bereiche des Zusammenlebens ausgeschieden ist, so daß er wirklich selbst in keiner Weise die Normen derselben anerkennt, auf den können logischer Weise diese Normen auch von den Andern nicht mehr bezogen werden und die etwa widersprechenden Sätze eines Vereinsstatuts entbehren insoweit — der thatsächlichen Unmöglichkeit gegenüber — nothwendig jeder wahren Geltung. Es bleibt nur übrig, diese Sätze nunmehr auch speziell auf Volk und Staat anzuwenden, und dabei noch das letzte Bedenken zu heben, ob und inwieweit als Anerkennende auch Frauen und Kinder in Betracht kommen dürften.

99. Ich stehe nicht an, auch für Volk und Staat zu behaupten, daß ihr Recht niemals weiter

reicht, als es anerkannt wird, daß also bürgerliche oder staatliche Normen, die sich an Subjecte zu richten scheinen, welche dieselben gar nicht mehr anerkennen, insoweit in Wirklichkeit nicht Recht sind. So gewiß eine Norm nicht Recht wäre, die an Wesen einer anderen Welt sich richtete, sei es auch, daß sie dem betreffenden Volke oder Staate einmal angehört hätten, so gewiß das Gleiche zu sagen wäre von Normen, durch welche Ausländer gebunden werden sollten, welche niemals in Beziehungen zu dem betreffenden Volke oder Staate gekommen sind, so gewiß sind auch Normen, welche die einmal Anerkennenden fortdauernd verpflichten möchten, auch wenn solche wirklich gänzlich anzuerkennen aufgehört, also beispielsweise in fremdem Lande sich angesiedelt und den Verkehr mit dem Staate, dem sie früher angehörten, für immer abgebrochen hätten, soweit sie solche Unmöglichkeiten wollen, nicht Recht. Nur ist andererseits immer wieder darauf hinzuweisen, daß in der ungeheuren Mehrzahl der Fälle, in denen die oberflächliche Betrachtung ein Aufhören der Anerkennung erblickt, nur ein Zuwiderhandeln, Zuwiderbehaupten u. s. w. gegen gleichzeitig dennoch anerkannte Normen stattfindet. Man wolle sich bloß gegenwärtig halten, was in §§ 2 und 67 über Anerkennung im Allgemeinen und vor Allem was in § 82 über Anerkennung subordinirter und selbst bloß subsumirbarer Normen zu bemerken war. Ist auch nur der eine Satz anerkannt, daß Anordnungen gewisser Personen im Staat die Volksgenossen binden sollen, so sind eben damit alle nachfolgenden

Anordnungen dieser Art so lange mitanerkannt, als jener eine Satz anerkannt ist. Umgekehrt muß derjenige, der irgend eine einzelne dieser Anordnungen als Recht in Anspruch nimmt, regelmäßig auch den Grund anerkennen, aus welchem er sie allein in Anspruch nehmen kann. Wir behaupten daher kaum zu viel, wenn wir es für geradezu unmöglich erklären, in den Bereich eines Staates zu treten, ohne die in ihm geltenden Normen anzuerkennen, sofern der Eintretende nicht einen Krieg gegen Alle will. Damit ist aber auch das Bedenken betreffs der Frauen und Kinder bereits im Grunde erledigt: die wirkliche Thatsache ihrer Anerkennung wird, ähnlich wie bei den Männern, unschwer nachzuweisen sein; zumal wenn man bedenkt, daß die Anerkennung des Familienhauptes, so lange dieses selbst seine Rechtsstellung im eigenen Hause zu bewahren im Stande ist, zugleich die Anerkennung aller Familiengenossen in sich begreift, die überhaupt als anerkennungsfähig gelten können (vgl. oben § 70 a. E.).

100. Es gehört kein großer Scharfsinn dazu, um jetzt auch die Schlußfolgerung zu ziehen, welche die Antwort giebt auf die Frage nach dem Grunde der verpflichtenden Kraft der Staatsgesetze.

Wir hatten in dem § 6 zunächst uns hinweisen lassen auf das verfassungsmäßige Zustandekommen derselben. Wir haben constatirt, daß zu solchem verfassungsmäßigen Zustandekommen eines Staatsgesetzes stets zweierlei erforderlich ist: 1) ein Thätigwerden bestimmter Personen und zwar 2) in Gemäßheit bestimmter Normen.

Wir haben dann in vier längeren Abschnitten dargelegt,

daß es unmöglich ist den Nachdruck auf das erste Erforderniß zu legen und unmittelbar aus einer persönlichen oder sogenannten rein thatsächlichen Qualification der betreffenden Personen die verbindende Kraft ihres Willens abzuleiten, die sub 2 erwähnten Normen aber nur als ein Erkenntnißmittel dieses Willens zu behandeln. Wir haben gezeigt, daß alle diejenigen, die dergleichen behaupten oder doch zu behaupten scheinen, immer wieder gewisse anerkannte Normen als Grundlage für die gesetzgeberische Stellung irgend eines Subjectes voraussetzen.

Wir haben weiter unter fortgehender Auseinandersetzung mit den Theorien vom Staatsvertrage (§§ 60—65), von der Volkssouveränetät (§ 66), von der historisch-organischen Entstehung des Rechts (§§ 70 ff.) das Verhältniß von Normen-Anerkennung und Gemeinschaftsbestand dahin bestimmt, daß alle wirkliche Gemeinschaft das Product einer Anerkennung von Normen sei und aus diesen ihren Character erhalte (§ 68 ff.), namentlich auch in Betreff der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft (§ 78 ff.).

Wir haben ausgeführt, daß das Verhältniß der verschiedenen Gemeinschaftsnormen zu einander theils das der Coordination, theils das der Subordination oder doch der Subsumtion, und entsprechend auch eine Gemeinschaft einer andern Gemeinschaft je nach dem Verhältniß ihrer Normen zu einander theils coordinirt, theils subordinirt, oder doch subsumirt sein kann (§§ 79 ff.).

Wir haben hierauf den Unterschied der Gemeinschaft mit streng individuell bestimmten Subjecten und des Vereines oder der Gemeinschaft mit nur generell bestimmten

Subjecten erörtert, sowie die Möglichkeit einer Gemeinschaft von zum Theil individuell, zum Theil generell bestimmten Subjecten an dem Hauptbeispiele der Familien- und bez. Hausgenossenschaft illustrirt (§§ 88 ff.).

Wir haben endlich sowohl für die Gemeinschaft mit individuell bestimmten Subjecten, als für die Vereine, insbesondere auch für die zusammengesetzteren Arten, wie Gemeinde, bürgerliche Gesellschaft, Staat, den Nachweis geführt, daß alle Normen wirklich nur insoweit Recht sind, soweit sie von Allen anerkannt werden, die durch sie gebunden werden sollen (§§ 80, 88, 90, 99).

Nach alledem können auch Staatsgesetze nur verpflichtende Kraft haben, weil und soweit sie als bindende Gemeinschaftsnormen anerkannt sind von den Staatsgenossen. Und eine allgemeine Verpflichtung den Staatsgesetzen schlechtweg gegenüber kann nur bestehen, weil und soweit eine allgemeine Norm anerkannt ist, daß Staatsgesetze binden sollen, oder m. a. W. eine Norm, unter welche schlechtweg jedes „Staatsgesetz" subordinirt oder doch subsumirt erscheint.

X.

101. Die Anwendung der im vorigen Abschnitte festgestellten Grundsätze auf Vereinigungen mehrerer Staaten oder Völker, insbesondere auch auf das deutsche Reich (von dessen Gesetzen wir im § 6 ausgingen), auf das Verhältniß dieses Reiches zu den Einzelstaaten, sowie auf das Verhältniß des staatlichen Rechtes zu dem nichtstaatlichen, die nähere Darlegung des letzteren an den bekanntesten Arten von Gemeinschaftsverhältnissen, die Rechtfertigung der Consequenzen, die hieraus für die Lehre von den subjectiven Rechten einerseits, von den Rechtsquellen andererseits sich ergeben, — alles dies muß dem zweiten Buche vorbehalten bleiben. Wir können jedoch dieses erste Buch nicht schließen, ohne den beiden Ansichtengruppen, welche das Wesen der Rechtsnormen in ihrer Erzwingbarkeit oder bez. ihrem ethischen Gehalte suchen die Besprechung gewidmet zu haben, die von uns bereits im § 9 in Aussicht genommen war. Einmal wird gerade diese Besprechung dazu dienen, das Resultat der bisherigen Untersuchungen zu bestätigen. Andererseits wird erst dadurch dem etwaigen Einwand vorgebeugt, die bisher gewonnene Definition von „Recht" sei

noch zu weit; es sei zwar richtig, daß alles Recht in Normen bestehe, die als Normen des Gemeinschaftslebens von den Genossen anerkannt werden, aber nicht jede dieser Normen sei Rechtsnorm, sondern nur diejenigen, von denen außerdem noch etwas anderes ausgesagt werden könne. Es wird gezeigt werden, daß auch ein solcher beschränkterer Einwand gegen die vorgelegte Theorie vom Rechte als ungegründet erscheint, oder doch wenigstens die bisher von der Doctrin in dieser Richtung versuchten Aufstellungen als mißlungen zu erachten sind, so tief sie auch zum Theil auf das Rechtsleben einzuwirken vermocht haben.

102. Alle Theorien, die im Zwange ein unterscheidendes Merkmal des Rechts sehen, berühren sich bewußt oder unbewußt mit den früher besprochenen naturalistisch-absolutistischen Theorien. Vollständig in diese Ansichtengruppe hinein fallen sie freilich nur insoweit, als sie im Zwange auch den ausschließlichen Grund der verbindenden Kraft der Gesetze erblicken. Aber auch soweit sie dies nicht thun, sondern den Zwang nur als ein wesentliches Merkmal neben anderen betrachten, gehen sie doch mehr oder weniger von denselben Voraussetzungen wie die Machttheorien aus, und unterliegen darum denselben Gegengründen. Vor allen Dingen liefert der oben gegen die Machttheorien geführte Beweis (§ 43 f.), daß keine menschliche Gewalt für sich allein im Stande ist, die Anerkennung oder Erfüllung eines Gebotes zu erzwingen, ein durchschlagendes Argument auch gegen alle andern Theorien von der Erzwingbarkeit der Rechtsnormen. In der That ist es eine contradictio in adjecto, wenn man auf der

einen Seite die Existenz von Normen, Grundsätzen, Regeln für das menschliche Handeln in Anspruch nimmt und damit die Freiheit des Menschen, die Fähigkeit diesen Normen zu folgen oder auch nicht zu folgen voraussetzt, auf der andern Seite für einen Theil dieser Normen dennoch die allgemeine Möglichkeit behauptet, die Befolgung zu erzwingen.

103. Man wird mir einhalten, ich fasse den Begriff des Zwanges zu eng. Nichts weniger. Ich fasse ihn nicht enger, als der gewöhnliche und auch der juristisch-technische Sprachgebrauch. Auch ich nenne es absoluten oder physischen Zwang, wenn Einer durch seine Kraft einen Andern in eine bestimmte äußere Lage bringt; ich nenne es ebenso, wie irgend Jemand sonst, psychischen Zwang, wenn er den Andern durch Gewalt oder Drohungen bewegt, einen bestimmten Entschluß zu fassen. Trotzdem bleibe ich bei meiner obigen Behauptung, daß es schon logisch unmöglich ist, den Zwang als Merkmal der Rechtsnormen zu setzen. Erstens enthält ein durch rein physischen Zwang hervorgebrachtes äußeres Gebahren, Thun oder Nichtthun niemals eine Befolgung, Beobachtung, Erfüllung von Rechtsnormen. Im Gegentheil, überall wo wirklich das erzwungene Verhalten, abgesehen von dem Zwange, als ein solches sich darstellt, zu dem der Gezwungene verpflichtet war, ist die Thatsache des Erzwungenseins zugleich der Beweis, daß der gezwungene Verpflichtete die ihn verpflichtende Norm nicht beobachtet, nicht befolgt, nicht erfüllt hat. Daß er sie auch nicht anerkenne, selbst nicht indirect anerkenne, folgt daraus freilich ganz und gar nicht. Nach den früheren Ausführungen

verpflichtet ihn vielmehr die betreffende Norm überhaupt rechtlich nur darum, weil er die betreffende Norm entweder direct oder doch die ihr superordinirte oder supersumirte Norm (und so mittelbar auch sie selbst) anerkennt. Aber einerseits besteht diese Anerkennung nicht durch den Zwang, sondern schon vor dem Zwange; andererseits erscheint in jedem erzwungenen, äußerlich der Norm entsprechenden Gebahren der Gezwungene nicht im Einklange sondern im Widerspruche mit seiner eigenen directen oder indirecten Anerkennung, da es ja sonst eben gar keines Zwanges bedürfte.

Anders liegt die Sache allerdings beim sogenannten psychischen Zwange. Hier kann doch von einer Handlung des Gezwungenen gesprochen werden; das durch Zwang Erlangte ist nicht ein mit dem inneren Menschen gar nicht correspondirendes äußeres Verhalten, sondern ein schließlich für einen bestimmten Entschluß gewonnener Wille. Ein Erzwingen der Beobachtung von Normen in diesem Sinne ist also nicht schlechtweg in Abrede zu ziehen. Allein die Aufstellung einer „psychischen Erzwingbarkeit" als Merkmal des Rechts leidet an einem andern logischen Fehler. Da in allen Fällen psychischen Zwanges den Abschluß doch erst ein Willensact bildet, so läßt sich schlechterdings nicht von vornherein sagen, was psychisch erzwingbar sei. Es ist ebensowenig zu behaupten, daß irgend eine Norm allgemein erzwungen werden könne, als daß bei irgend einer Norm gar kein psychischer Zwang möglich sei.

104. Freilich muß ich nun weiter den Einwand erwarten: Erzwingbarkeit im eigentlichen Sinne des Wortes werde von der Zwangstheorie gar nicht für die Rechtsnormen

angesprochen, sondern nur die Anwendbarkeit von Zwangsmitteln, um die Verpflichteten zur Befolgung zu bewegen. Allein wenn dem so ist, dann ist sicher der Wunsch kein unbilliger, daß man das Ding lieber beim rechten Namen nennen, und vor allen Dingen mit dem Ernst machen möge, was man wirklich meint. Andererseits ist leicht zu zeigen, daß wir auch mit der angegebenen Modification nicht viel weiter kommen. Denkbar ist eine Anwendung von Zwangsmitteln bei jeder Norm, wie schon aus § 103 hervorgeht; die abstracte Möglichkeit kann also nicht das Entscheidende sein. Noch weniger aber kann es auf die Möglichkeit der Zwangsanwendung im concreten Falle ankommen, da hiernach wiederum die zweifellosesten Rechtsnormen abwechselnd bald als Recht, bald als Nicht-Recht betrachtet werden müßten. Es bliebe die Ansicht übrig, daß diejenigen Normen Rechtsnormen seien, bei denen im Mangel freier Befolgung eine Anwendung von Zwangsmitteln stattfinden soll. Aber wer entscheidet denn über dieses Sollen? Die unbefangene juristische Erfahrung wird stets sagen: eben das Recht. Wenn dagegen erst durch Beantwortung jener Frage sich herausstellen soll, was Recht sei, so verbietet sich diese Antwort von selbst.

105. Von der letzteren Argumentation werden nur diejenigen nicht getroffen, welche die Zwangsanwendung nicht als ein constituirendes, ursprüngliches Merkmal des Rechts, sondern nur als etwas aus dem Wesen des Rechts naturgemäß sich Ergebendes betrachten. Und in der That steckt in dieser

modificirten Zwangstheorie ein höchst beachtenswerther Kern.

Vor allen Dingen ist richtig an ihr, daß jeder Rechtsnorm zugleich ein Bedürfniß nach Geltendmachung entspricht, oder besser gesagt das Bedürfniß, daß die Norm fortgesetzt sich als geltende bewährt. Nur folgt dieser Satz nicht aus einer „ethischen Idee des Rechts". Denn wie wir im nächsten Abschnitte zu zeigen haben werden, ist es schlechthin unzulässig, das Wesen des positiven Rechts aus einer ethischen Idee abzuleiten. Es folgt dagegen mit Nothwendigkeit aus dem, was wir als allem Rechte wesentlich erkannt haben, aus der „Anerkennung als Gemeinschaftsnorm". Jede Anerkennung als Gemeinschaftsnorm hat nämlich, wie leicht zu sehen, einen zwiefachen Inhalt, je nachdem der Anerkennende die Norm auf sich oder auf die mitanerkennenden Genossen bezieht. In der ersteren Weise angesehen, folgt aus der Anerkennung der Norm die Pflicht des Anerkennenden zur Befolgung. Nur dieser Seite der Sache sind wir bisher näher getreten, indem wir nach dem Grunde der verpflichtenden Kraft des Gesetzes suchten. In der zweiten Weise angesehen, folgt aus der Anerkennung als Gemeinschaftsnorm zugleich ein Anspruch des Anerkennenden auf Befolgung seitens jedes andern Gemeinschaftsgenossen, an welchen die Norm sich richtet. So steht denn auch in concreto jeder Pflicht, die aus irgend einer vom Verpflichteten als Gemeinschaftsnorm anerkannten Norm sich ergiebt, nothwendig ein Anspruch des oder der anderen Gemeinschaftsgenossen gegen-

über*). Wie aber der Pflicht, sobald sie als Pflicht wirklich anerkannt und empfunden wird, naturgemäß das Bedürfniß der Erfüllung entspricht, so ihrem Correlate, dem Anspruche der Anderen auf Normbefolgung, sobald er einmal wirklich als Anspruch begriffen und erhoben wird, naturgemäß das Bedürfniß, daß er sich als ein in anerkannter Norm begründeter bewährt.

106. Aus dem Bedürfnisse der Geltungsbewährung folgt jedoch durchaus nicht unmittelbar das Bedürfniß der Zwangsanwendung. Die beste Bewährung einer Norm als geltende Norm ist stets die freie Erfüllung derselben. Wo also letztere seitens aller Verpflichteten mit Sicherheit zu erwarten ist, da kann ein Bedürfniß der Zwangsanwendung gar nicht aufkommen**). Aehnliches gilt, wenn der Gemeinschaft die volle Bewährung der Geltung durch freiwillige Erfüllung so hoch steht, daß sie lieber die ungehorsamen Genossen aussondert, als zur Erfüllung zu zwingen versucht. In unzähligen Fällen endlich läßt sich das Bedürfniß der Geltungsbewährung gar schon daran genügen, daß ein Theil

*) Hier ist der Punkt, wo m. E. die Lehre vom „Recht im subjectiven Sinne" einzusetzen hat. Das Nähere im zweiten Buche.

**) Ob eine solche Erwartung in menschlichen Verhältnissen jemals berechtigt wäre, mag man immerhin bezweifeln. Es kommt hier nur darauf an, zu constatiren, daß das Bedürfniß der Zwangsanwendung nicht sowohl aus dem Rechtsbegriffe bez. dem Bedürfnisse der Geltungsbewährung überhaupt, als vielmehr erst aus dem Mangel der vollkommensten Art von Geltungsbewährung, aus dem Mangel der allseitigen freien Erfüllung sich ergiebt.

der Genossen die betreffende Norm aus freien Stücken befolgt, während die andern sie zwar indirect (durch Anerkennung der superordinirten Norm) mit anerkennen, aber nicht befolgen. Auch das staatliche Recht macht in letzterer Beziehung gar keine Ausnahme. In augenfälligster Weise vielmehr tritt die letztgedachte Thatsache zumal im Staats- und Verwaltungsrechte hervor. Um von Anderm abzusehen, mag hier nur an die mannigfachen Wahl- und Stimmrechte, oder wie man richtiger sagen würde, Wahl- und Stimmpflichten erinnert werden, die unserem heutigen Staatsleben zum großen Theil sein eigenthümliches Gepräge geben. Weniger augenfällige, aber im Grunde noch viel schwerer wiegende Beweise bietet das Strafrecht. Es bedarf wohl keiner besonderen Ausführung*), daß jedes Strafgesetz eine Norm voraussetzt deren Uebertretung gerade die Bedingung für die Anwendung der Strafsatzung ist. Daraus folgt aber nicht, daß die Strafgesetze stets auch so weit reichen müßten, als Uebertretungen der betreffenden Normen denkbar sind. Im Gegentheil zeigt jede genauere Betrachtung irgend eines positiven Rechts, daß nur ein verhältnißmäßig beschränkter Theil

*) Geleugnet hat das im Text Bemerkte kaum Jemand; nur ist es vor Binding's Buch „die Normen und ihre Uebertretung" (I, 1872; II, 1876) selten besonders hervorgehoben worden. Uebrigens ist es durchaus nicht meine Absicht, das Verdienst des Letzteren zu schmälern, welches in der energischen Betonung des Unterschiedes von „Norm und Strafsatzung" (oder wie er m. E. weniger passend sagt „Strafgesetz") liegt und zur Zeit noch nicht immer genügend gewürdigt wird. Ob er überall die richtigen Schlußfolgerungen daraus gezogen, ist eine Frage für sich.

der betreffenden Normenübertretungen mit Strafe bedroht ist. So bedroht unser deutsches Strafgesetzbuch Versuchshandlungen nur bei Verbrechen (in dem von ihm angenommenen engern Sinne) und bei einer Anzahl bestimmt herausgehobener Vergehen. Bei allen übrigen Vergehen und bei bloßen sogenannten Uebertretungen ist der Versuch straflos. Und doch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei den meisten derselben ein Versuch sehr wohl annehmbar ist und darin jedenfalls ganz ebenso eine Normenübertretung oder, was dasselbe besagt, ein rechtswidriges Handeln vorliegt, wie bei dem strafbaren Versuche. Noch allgemeiner läßt sich dieselbe Beobachtung an Vorbereitungshandlungen machen, die insoweit, als sie wirklich bewußte Vorbereitung von etwas Verbotenem sind, auch stets zugleich ein Zuwiderhandeln gegen das betreffende Verbot in sich begreifen, aber nur höchst ausnahmsweise unter Strafe gestellt sind. Ganz allgemein endlich fehlt die Strafandrohung für den bloßen verbrecherischen Vorsatz dessen, der noch nicht einmal bis zur Vorbereitungshandlung gelangt ist. Cogitationis poenam nemo patitur; aber die etwaige Normwidrigkeit der cogitatio wird dadurch nicht aufgehoben*).

107. Also für zahlreiche Normen unserer Staatsgesetze findet nach eben diesen Gesetzen Zwang theils gar nicht, theils nur in beschränktem Maße statt. Die zweite Thatsache ist fast noch wich-

*) Es beruht auf einem Mißverständnisse, wenn man den Vorwurf der Rechtswidrigkeit eines bloßen Gedankens mit der Erklärung zurückweisen will, das Recht beziehe sich nur auf äußere Handlungen. Siehe unten Abschnitt XI, § 113.

tiger als die erste. Denn denjenigen Normen, bei denen ein Mangel aller Zwangsanwendung aufgezeigt wird, könnte eine künftige Rechtswissenschaft allenfalls dieses Mangels wegen den Titel „Recht" versagen wollen; freilich nur unter der bedenklichen Voraussetzung, daß der Inhalt der Staatsgesetze bloß zum Theil rechtlicher, zum andern moralischer Natur sei. Dagegen läßt die zweite Thatsache auch diesen Ausweg sofort als unmöglich erscheinen. Denn keinesfalls kann eine und dieselbe Norm in einem und demselben Recht zugleich „Rechtsnorm" und „nicht Rechtsnorm" sein.

108. Dazu kommt drittens: Was man gemeiniglich Zwang im Rechte nennt, ist in Wahrheit nur zum kleinsten Theile Zwangsanwendung zur Befolgung der Rechtsnormen. Die hervorragendsten Einrichtungen, an welche Rechtsphilosophen wie Juristen denken, wenn sie von einem Zwange reden, den die Staatsgewalt behufs Geltendmachung des Rechts übt, sind Strafe und Execution. Dennoch dürfte gegenwärtig nur etwa der consequente Materialismus das Wesen der Strafe darin suchen, daß ihre Androhung oder Vollstreckung für die Zukunft zur Befolgung der übertretenen Rechtsnorm zwinget, sei es in dem Sinne Feuerbachs, der die Strafdrohung in dieser Weise auf Alle wirken läßt, sei es in dem Sinne Grolmanns, der nur den Uebelthäter selbst in dieser Weise zwingen will. Wie weit die verschiedenen Strafrechtstheorien auch jetzt noch auseinander gehen, in der Meinung stimmen sie doch fast durchweg überein, daß die Strafe in erster Linie nicht Mittel zu einem

Zukünftigen, sondern eine Rechtsfolge des begangenen Unrechts ist. Die Bedeutung der Strafdrohung als eines Zwangsmittels zum Rechthandeln steht völlig im Hintergrunde. Noch zweifelloser tritt die gleiche Erscheinung bei der Execution von Civilurtheilen heraus. Der Executionsact selbst ist nach unserem heutigen Rechte niemals ein Zwang zur Erfüllung der durch Urtheil festgestellten Verpflichtung; er schafft der einen Anspruch betreibenden Partei auch im günstigsten Falle nur ein Surrogat für die nicht zu erlangende Erfüllung. Nur die Androhung der Execution, — die allgemeine im Gesetze, die besondere im Urtheil und der Executionsauflage — kann als eine Art Zwangsanwendung zur Erfüllung bezeichnet werden.

Dagegen sind Strafe und Execution natürlich bedeutsame Formen der Geltungsbewährung, und zwar nicht bloß des Rechts überhaupt, sondern speziell der übertretenen Rechtsnormen. Denn so oft der ganze Complex von Normen, deren Befolgung zur Vorbereitung und Vollziehung der Strafe und Execution gehört, durch eine einzige Uebertretung einer Norm in Wirksamkeit gesetzt wird, liegt darin eine entschiedene Bewährung für die fortdauernde Anerkennung der übertretenen Norm als Gemeinschaftsnorm.

109. Mit einem Worte: Geltungsbewährung ist in der That natürliches Merkmal alles Rechts, nicht aber der Zwang zur Befolgung. Letzterer ist nur eine besondere Form der Geltungsbewährung, die für eine Reihe von Rechtsnormen gar keine, für andere nur eine wesentlich beschränkte und schließlich auch innerhalb dieses

beschränkten Wirkungskreises nicht die erste, sondern bloß eine Rolle neben den viel intensiveren Formen der Strafe und Execution spielt. Die beste Geltungsbewährung ist überdies immer die freiwillige Befolgung; durch sie wird im letzten Grunde jede andere Geltungsbewährung, jede Anwendung von Zwang, Strafe, Execution in der Gemeinschaft überhaupt erst möglich.

110. Es versteht sich von selbst, daß nach dem Vorstehenden auch der Begriff der Sitte etwas anders zu fassen ist, als bisher zu geschehen pflegte. Liegt dem, was man gewöhnlich „Sitte" nennt, eine allseitige Anerkennung gewisser Normen als Gemeinschaftsnormen zu Grunde, so ist diese Sitte offenbar nur eine Art der Geltungsbewährung von Rechtsnormen und zwar nach dem Obigen die an sich vollkommenste. „Sitte" bezeichnet hier also nicht eine Mittelstufe zwischen Recht und individueller Sittlichkeit, sondern ist identisch mit Rechtsgewohnheit. Daraus folgt indessen nicht, daß der Gebrauch des Wortes „Sitte" für diesen Fall überhaupt zu verwerfen und etwa nur auf diejenigen Fälle zu beschränken wäre, in denen irgend ein Merkmal des Rechtsbegriffs fehlt oder wenigstens nicht gewiß ist. Wirklich zu folgern ist vielmehr, daß die Eigenschaft der Rechtssitte, die natürlichste und vollkommenste Geltungsbewährung des Rechts zu sein, nichts anderes ist als der allgemeine charakteristische Inhalt der Sitte, sofern er als auf das Recht bezogen erscheint. Genauer gesagt: Sitte ist die gleichmäßige Befolgung

und darum die natürlichste vollständigste Geltungsbewährung aller möglichen Arten von Regeln für das menschliche Handeln. So hat der Einzelne seine Sitte für sein spezielles Eigenleben, sofern er hierfür gewisse Regeln nicht nur anerkennt, sondern auch gleichmäßig befolgt; so giebt es weitverbreitete, auf ganze Völker oder andere Gemeinschaften sich erstreckende Sitten, in denen Regeln des allgemeinen Geschmacks, Forderungen der Pietät, Grundsätze des religiösen Glaubens u. s. w. sich als geltend bewähren. Alle diese Arten der Sitte verhalten sich zur Rechtssitte nicht wie niedere Arten zu einer höheren, sondern stehen mit ihr völlig auf gleicher Linie; was sie von der Rechtssitte scheidet, liegt einzig in der verschiedenen Natur der Regeln, die in ihnen befolgt erscheinen. Entweder nämlich fehlt den letzteren überhaupt der Charakter als eigentlicher Norm, d. h. sie werden nicht als den Willen wahrhaft verpflichtende, sondern nur als anleitende, frei anzueignende Regeln anerkannt; das ist der Fall bei vielen Regeln des allgemeinen Geschmacks, deren Geltung in der Umgangssitte sich bewährt, sowie bei dem, was wir Forderungen der Pietät zu nennen pflegen. Oder die Sitte ist zwar Befolgung wahrhafter Normen, aber es fehlt denselben der Charakter von Gemeinschaftsnormen; so nothwendig bei allen Regeln für das bloße Eigenleben und bei einem Theile der religiösen Sitte. Daß übrigens manche Sitte solcher Art zugleich Rechtssitte werden kann, indem die darin ihre Geltung bewährende Regel schließlich auch als Gemeinschaftsnorm Anerkennung findet, daß mithin bis zu diesem Zeitpunkte die betreffende Sitte zugleich

als eine Vorstufe des Rechts erscheinen kann, leugne ich natürlich ganz und gar nicht. Niemals jedoch geschieht es erst durch diesen im einzelnen Falle zutreffenden Umstand, daß sie „Sitte" ist; niemals besteht ihr Wesen als Sitte darin, Vorstufe des Rechtes zu sein, sondern sie ist Sitte immer nur sofern sie wirklich schon gleichmäßige Befolgung bereits anerkannter Regeln irgend welcher Art ist; sie hört, nachdem sie etwa Rechtssitte geworden, darum nicht auf, zugleich als eine Sitte anderer Art fortzudauern, z. B. als Geschmacksitte oder religiöse Sitte; sie bleibt öfters als solche bestehen, auch wenn die von ihr befolgten Regeln wieder den Charakter von Rechtsnormen verloren haben.

XI.

111. Trendelenburg sagt in seinem gegenwärtig vielgebrauchten Werke über Naturrecht (2. Aufl. § 16): „Das Wesen des Rechts weist in das Gebiet des Sittlichen zurück. Es ist daher zunächst das ethische Prinzip zu bestimmen, um dann aus demselben und innerhalb des Sittlichen die Idee des Rechts zu finden." In diesen Worten ist in der Kürze die Grundtendenz aller Ansichten charakterisirt, mit welchen ich mich in diesem Schlußabschnitte noch auseinanderzusetzen habe.

Soll ich ebenso kurz meine eigene Meinung über alle diese Ansichten aussprechen, so erwidere ich: Wahr an ihnen ist, daß man die Lehre vom Rechte als ein Stück Ethik, die Rechtsnormen sämmtlich als eine Art sittlicher Normen betrachten kann. Aber um das Wesen der Rechtsnormen im Verhältnisse zu den andern festzustellen ist nicht auszugehen von einem allgemeinen „ethischen Prinzip", sondern von der Durchprüfung dessen, was zweifellos Recht ist, bez. gewesen ist.

112. Wie sehr ich mich mit den ethischen Theorien vom Rechte im Allgemeinen einig weiß in dem Gegensatze zum

älteren Naturrecht, sowie insbesondere zu der Fichte'schen Rechtsansicht, ergiebt sich zum Theil bereits aus dem, was ich im vorigen Abschnitt über die Bedeutung des Zwanges im Rechte ausgeführt habe. Weniger gilt es schon von der Motivirung und dem Grade des Gegensatzes. Ich habe nicht umhin gekonnt (§§ 105), mich gegen die immer noch viel zu große Werthschätzung des Zwangsmomentes für den Rechtsbegriff auszusprechen, wie sie u. A. auch noch bei Trendelenburg sich findet. Und ähnlich steht die Sache bei andern Punkten, in denen die neuere Rechtsphilosophie gegen die frühere nicht ohne Grund zu reagiren begonnen.

113. Ich denke hierbei zunächst an die beliebte Beschränkung des Rechts auf ä u ß e r e Handlungen. Es reicht dieser Anschauung gegenüber nicht aus hervorzuheben, daß Inneres und Aeußeres nicht immer leicht zu trennen sind, daß Gesetze, die nur „äußerlich wirken", leicht wieder abgeworfen werden, daß auch die Gesinnung öfters vom Rechte berücksichtigt werde, wie die Unterscheidung von dolus und culpa, die Beachtung der Motive im Strafrecht, das Erforderniß der bona fides für Ersitzung u. dgl. zeige. Die beiden ersten Argumente sind gar nicht geeignet, die angegriffene Ansicht beträchtlich zu erschüttern. Ob es im einzelnen Falle viel oder wenig Mühe macht, das Rechtliche vom Moralischen zu sondern, oder ob gewisse Rechtssätze Aussicht haben, kürzere oder längere Zeit Rechtssätze zu sein, ist für die Bestimmung des Rechtsbegriffs völlig irrelevant. Wichtiger ist das zuletzt genannte Argument; aber theils geht es zu weit, theils nicht weit genug. Wenn Jemand auf die Forderung des Gesetzes: „Du sollst die und die

Steuern zahlen!" sofort in Wort und That antwortet: „Ich werde zahlen, aber mit größtem Mißvergnügen", so kann von einem Unrecht nicht die Rede sein. Das bloße „ungern" ist niemals schon „rechtswidrig". Dagegen liegt in dem Satze „Du sollst Steuern zahlen", allerdings nicht bloß die Forderung einer äußeren Handlung, sondern stets zugleich eine Forderung an den Willen. Sie liegt darin mit logischer Nothwendigkeit; denn eine Handlung zu fordern, ohne das darauf gerichtete Wollen zu fordern, wäre eine contradictio in adjecto. Wer also nicht Steuern zahlen will, der befindet sich wirklich bereits im Widerspruch zu dem Gesetze. Zahlt er schließlich doch, so befindet er sich dann natürlich wieder im Einklang mit demselben; aber erst von dem Momente an, wo er seinen Willen demgemäß änderte. Verharrt er darin, so wird sein rechtswidriger Wille der Grund zur Androhung der Execution und wenn auch danach keine Willensänderung und mithin auch keine Pflichterfüllung eintritt, schließlich zur Execution selbst bez. zu Strafen als Surrogaten für die fehlende Pflichterfüllung (§ 108). Und selbstverständlich müssen diese Sätze von jeder Rechtsnorm gelten, mag sie als Gebot oder Verbot sich darstellen: überall ist mit einem bestimmten Verhalten zugleich ein bestimmtes Wollen gefordert, wenn auch, wie schon früher bemerkt wurde (§ 107), das bloße rechtswidrige Wollen niemals bestraft wird. Daß übrigens dieses rechtswidrige Wollen sehr verschiedene Grade haben und dafür, sowie in der Folge für die Bestimmung der Strafen die Berücksichtigung der Motive des Willens von Wichtigkeit sein kann, ist unbestreitbar;

nur folgt daraus gar nichts für die Motive bei einer der Rechtsnorm entsprechenden Entschließung. Alle Normen, die nicht bloß eine bestimmte Willensrichtung auf Thun oder Unterlassen, sondern darüber hinaus bestimmte Gesinnungen in Anspruch nehmen, sind daher wohl in der That nicht als Rechtsnormen anzusehen.

114. Es ist ferner den ethischen Theorien vom Rechte vollkommen zuzustimmen, wenn sie sich mit Entschiedenheit gegen die Behauptung Fichte's erklären, daß für das Recht nur der Begriff des Erlaubten in Frage komme, niemals der der Pflicht, welcher vielmehr dem Sittengesetz ausschließlich angehöre. Der Satz, daß öffentliche Rechte zugleich Pflichten sind, ist wohl als ein Gemeingut der heutigen Rechtswissenschaft zu betrachten. Andererseits kennt auch das Privatrecht kein Recht im subjectiven Sinne, zu dem nicht eine Pflicht das Correlat bildete. Aber die Grundlage der Fichte'schen Anschauung, der Satz nämlich, daß das Rechtsgesetz öfters erlaube, wo das Sittengesetz zu einem entgegengesetzten Handeln verpflichte, ist nicht so einfach zu beseitigen, wie die ethischen Theorien vom Rechte meist annehmen. Vielmehr enthält der Satz eine unzweifelhafte Wahrheit; nur in schiefer Auffassung, und darum konnten auch die Schlußfolgerungen nur unrichtige sein. Es mag verstattet sein, behufs Klarstellung dieses wichtigen Punktes etwas weiter auszuholen.

115. Die im vorigen Paragraphen citirte Thatsache, daß überall im öffentlichen und Privatrechte, wo ein subjectives Recht erscheint, auch irgend eine damit correspondirende Pflicht nachweisbar ist, drängt von selbst zu der

Frage, ob nicht die Begriffe des Erlaubten und der Pflicht irgendwie aus einander oder beide aus einem gemeinsamen Dritten ableitbar sein sollten. Unmöglich ist es freilich, die Pflicht, das Sollen aus dem Erlaubtsein herzuleiten. Weder ist abzusehen, wie aus einem Dürfen ein Sollen für ein und dieselbe Person folgen müßte, noch läßt sich schließlich daraus, daß dem Einen etwas erlaubt ist, eine Verpflichtung für Andere deduciren. Ein ganz anderes Resultat giebt ein Gedankengang in umgekehrter Richtung; *eine Ableitung des Dürfens aus dem Sollen ist überall möglich.* Wer in einer bestimmten Weise handeln soll, darf es natürlich auch. Faßt man also die öffentlichen Rechte in erster Linie als Pflichten, so ergeben sich als Folge die betreffenden Rechte im subjectiven Sinne ganz von selbst. Nicht minder ist klar, daß insoweit, als keine Pflicht zu einem andern Handeln besteht, das Können stets auch ein erlaubtes Können ist. So darf der Eigenthümer mit seiner Sache machen, was er will, sofern er in Bezug auf sie keinem Andern verpflichtet ist, während alle Anderen ihm gegenüber die Pflicht haben, ihn in seinem Verhalten zur Sache nicht zu stören. Auf eine oder die andere Art läßt sich jedes Erlaubtsein erklären. Den Beweis dafür glaube ich gegen jeden *speziellen* Einwand führen zu können.

Nicht minder gewiß ist aber, daß der Begriff der Pflicht weiter zur Voraussetzung hat den Begriff der Norm. Schon Sprache und innere Erfahrung weisen uns darauf hin. Was wir unmittelbar vorstellen, wenn wir von einer Pflicht sprechen, ist nicht sowohl die Pflicht, als die ihr zu Grunde

liegende Norm. Einen correcten sprachlichen Ausdruck des Pflichtgefühls ohne den der Normvorstellung, d. h. ohne ein vorgedachtes „Du sollst!" oder „Es soll . . . !" besitzen wir nicht; sagen wir „Ich soll", so hat dies einen Beigeschmack, der gerade dem wahren Pflichtgefühl zuwider ist; sagen wir „Ich muß", so bedienen wir uns eines Wortes, das eigentlich eine dem Verpflichtetsein conträr entgegengesetzte Art der Gebundenheit bezeichnet. Dagegen bedarf die Vorstellung der Norm gar nicht der gleichzeitigen Vorstellung der Pflicht. Letztere ist niemals vorhanden für eine Norm, die wir bloß als Norm, bloß als eine an den Willen gerichtete Forderung vorstellen; die Vorstellung von der Pflicht entsteht erst, indem der die Norm Anerkennende dieselbe speziell auf sich bezieht oder doch bezogen denkt (§ 105).

Wenden wir uns nunmehr zum Begriff des Erlaubten zurück, so liegt die Schlußfolgerung auf der Hand, daß auch dieser Begriff ohne die Vermittelung des Pflichtbegriffs direct aus dem gemeinsamen Begriff der Norm oder genauer der anerkannten Norm abzuleiten ist. Erwägt man insbesondere, daß die Anerkennung gewisser Normen da, wo bisher gar keine Normen galten, offenbar nicht etwas vorher Unerlaubtes erst erlaubt macht, sondern nur im Gegensatze zu dem durch diese Normen Ausgeschlossenen als erlaubt erscheinen läßt, was vorher weder erlaubt noch unerlaubt war, so dürfen wir die Vorstellung des Erlaubten einfach als die Vorstellung von dem bestimmen, was durch keine anerkannte (oder als anerkannt gedachte) Norm ausgeschlossen erscheint.

Das Resultat ist: jede Norm oder vielleicht besser jeder Inbegriff von Normen, sofern der Anerkennende sie auf sich selbst bezieht, zeigt ein Doppelbild: ein positives, d. i. das Bild der Verpflichtung zu einer bestimmten Handlungsweise, — ein negatives, d. i. das Bild des Erlaubten für Alles, was nicht durch jene Normen ausgeschlossen wird.

116. Will man diesem Resultate den halbsymbolischen Ausdruck geben, „das Erlaubte sei das sittlich Mögliche, die Pflicht das sittlich Nothwendige", so kann ich dies zwar als keinen besonderen Gewinn für die Sache erachten, aber ich habe keinen Grund, diesen Ausdruck geradezu abzulehnen. Auch ist zweifellos richtig, daß das Erlaubte oder sittlich Mögliche der weitere, die Pflicht oder das sittlich Nothwendige der engere Begriff ist. Sicherlich falsch aber ist die Consequenz, die man bisweilen hieraus gezogen hat; sicherlich falsch ist die Behauptung, daß hierdurch der Widerspruch zwischen Rechtsgesetz und Sittengesetz, durch welchen Fichte zu der strengen Scheidung beider bestimmt wird, von selbst sich löse. Denn wirklich erklärt wird durch jenes Verhältniß nur, daß gar Vieles erlaubt sein kann, was nicht Pflicht ist; nimmermehr aber, daß etwas erlaubt sein könne, wo das Gegentheil wirklich Pflicht ist. Wenn ein bestimmtes Verhalten sittlich nothwendig ist, da ist ein widersprechendes Verhalten sittlich unmöglich. So sehr daher auch Fichte Unrecht hat, die Begriffe des Erlaubten und der Pflicht als streng geschiedene und nicht vielmehr als eng zusammengehörige Begriffe zu fassen, so gewiß behält er den ethischen Theorien vom Rechte gegenüber darin Recht, daß ein Rechtsgesetz, welches ein Handeln wirklich erlaubt,

wo das Sittengesetz ein entgegengesetztes Handeln gebietet, nicht aus diesem Sittengesetze abgeleitet werden kann.

117. Eine ganz andere Frage ist, ob sich nicht vielleicht doch behaupten ließe, daß die von Fichte gemachte Voraussetzung eine willkürliche sei? daß vielmehr Rechtsgesetz und Sittengesetz stets in Uebereinstimmung sich befänden? —

Versteht man unter dem Rechtsgesetz nicht das Recht im juristischen Sinne, d. h. das geschichtlich gegebene, wirklich geltende Recht, sondern ein allgemeines ewiges Gesetz, nach welchem das positive Recht beurtheilt werden soll, desgleichen unter Sittengesetz ein allgemeines ewiges Gesetz, nach welchem alle Sitte beurtheilt werden soll, so scheint eine Bejahung sehr wohl möglich. Erwägt man nämlich, daß diese beiden ewigen Gesetze nicht allein als für denselben Menschengeist gegeben gedacht werden müßten, sondern auch gar kein Grund vorhanden ist, ihre Existenz auf zwei sich bekämpfende Mächte zurückzuführen, so muß ein scheinbarer Widerspruch zwischen dem Rechtsgesetz und Sittengesetz in diesem Sinne zunächst immer die Vermuthung einer unrichtigen Auffassung des einen oder andern begründen. Von diesem Standpunkte aus würde insbesondere gegen das von Fichte angeführte Beispiel, daß das Rechtsgesetz die Beitreibung einer Schuld erlaubt, wo das Sittengesetz Erlaß oder Stundung gebietet, das Bedenken zu erheben sein, ob das Rechtsgesetz, will sagen: das ewige, allgemeine, ideale Rechtsgesetz (im Widerspruche mit dem jeweiligen positiven Rechte) nicht etwa die Befugniß der Beitreibung auf ein viel geringeres Maß

beschränke, und umgekehrt, ob in den hiernach noch übrig bleibenden Fällen nicht auch das Sittengesetz die Beitreibung erlaube, also keinen Erlaß, keine Stundung gebiete.

Versteht man dagegen unter dem „Rechtsgesetz" das positive Recht selbst, so ist der Fichte'sche Satz, daß dasselbe bisweilen im Widerspruch stehe mit dem Sittengesetz, gar nicht zu bestreiten, welche Deutungen man dann auch mit dem Worte „Sittengesetz" verbinden mag. Daß die unendliche Mannigfaltigkeit positiver Rechte nicht vor einem Sittengesetze der vorher gedachten Art zu bestehen vermag, daß die widersprechendsten Rechtsgrundsätze, beispielsweise über Sklaverei, Geschwisterehe, Vielweiberei, Weibergemeinschaft, Tödtungsrechte des Hausvaters u. dgl. m. nicht nach ein und demselben Maßstabe verwerflich und werthvoll, sittlich und unsittlich zugleich sein können, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ebenso wenig aber wird man zu behaupten wagen, daß dasjenige Sittengesetz, das jeder Einzelmensch in sich selbst, in seinem Gewissen, seiner Vernunft besitzt oder doch zu besitzen glaubt, mit dem positiven Rechte stets übereinstimme. Wollten wir endlich von einem besondern Sittengesetze jeder einzelnen Gemeinschaft, insbesondere jedes einzelnen Volkes reden, so beweist doch wiederum die Geschichte, daß die Grundsätze, welche unter der gedachten Voraussetzung als sittliche müßten bezeichnet werden, gleichfalls nicht selten im Widerspruch stehen zu dem Rechte des betreffenden Volkes; ich erinnere nur an die Forderungen der älteren römischen Sitte bezüglich der Behandlung der Ehefrauen, Kinder, Sklaven im Gegensatze zu dem

strengen Rechte der hausherrlichen Gewalt und des Eigenthums.

118. Erinnern wir uns, was eigentlich Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist: nämlich nicht, den rechten Maßstab zur Beurtheilung des positiven Rechts zu suchen, sondern das Wesen des positiven Rechts selbst, seiner Wirksamkeit, seiner verbindenden Kraft zu bestimmen, so interessirt uns vorerst nur die zweite Hälfte des § 117. Aus ihm ergiebt sich von selbst, daß die Begriffsmerkmale des positiven, allein wahrhaft geltenden Rechts oder, was dasselbe besagt, des Rechts im juristischen Sinne nicht aus irgend welchem Sittengesetze oder ethischen Prinzip abgeleitet, sondern nur vermöge einer durchgreifenden Analyse derjenigen Normen gefunden werden können, die zweifellos positive Rechtsnormen sind bez. gewesen sind. Auf diesem Wege ist die Begriffsbestimmung zu Stande gekommen, die in diesen Blättern begründet worden ist; auf diesem Wege müßte sie widerlegt oder verbessert werden. Nur eine Begriffsbestimmung, die auf solche Weise gewonnen oder doch gerechtfertigt wird, ist tauglich für die *juristische* Wissenschaft.

Die Bedeutung solcher Begriffsbestimmung reicht aber zugleich noch weiter: der so gewonnene Rechtsbegriff muß von der *formalen* Seite her auch die Grundlage bilden für jede Forschung nach einem „ewigen allgemeinen Rechtsgesetze". Denn wie man auch solch ewiges Gesetz sich denken mag, als *Rechtsgesetz* erscheint es doch unbedingt nur durch seine Beziehung zum positiven Rechte, d. h. sofern es bestimmt, was wirklich *Recht sein sollte*.

Andererseits drängt das in der ersten Hälfte von § 117 Bemerkte allerdings zu der Annahme, daß das allgemeine Rechtsgesetz oder, wie wir heute lieber sagen, das höchste Rechtsideal, an welchem alles positive Recht gemessen werden soll, dem Inhalte nach aus dem allgemeinen Sittengesetze, aus dem höchsten Ideale der Sittlichkeit abzuleiten ist. Und dürften wir voraussetzen, daß dieses Ideal der Sittlichkeit in einem großen „ethischen Prinzip" beschlossen, daß es auch möglich sei, sich dieses einen Prinzips mit Sicherheit zu bemächtigen, so wäre schließlich zuzugeben, daß das Ideal des Rechts oder, falls auch dieses als auf eine Idee reducirbar vorausgesetzt wird, diese „Rechtsidee" aus „dem ethischen Prinzip" entwickelt werden müsse.

119. Hätte Trendelenburg mit seiner Forderung, daß der Rechtsbegriff aus dem ethischen Prinzip zu entwickeln sei, nicht mehr in Anspruch genommen, als ich selbst an letzter Stelle zugestanden, so würde ich vielleicht meine Erörterung dieser Forderung mit einer einfachen Verwahrung gegen den Gebrauch des Wortes „Rechtsbegriff" an Stelle von „Rechtsidee" geschlossen haben. Allein in Wahrheit handelt es sich hier gar nicht bloß um einen unrichtigen Wortgebrauch, sondern der Trendelenburg'schen Ausführung ist überhaupt die strenge Scheidung der beiden Bedeutungen von „Recht" (oder „Rechtsgesetz"), die ich in § 117 zur Grundlage der Entscheidung gemacht habe, fremd. Indem er das Recht definirt als den „Inbegriff der Bestimmungen, durch welche geschieht, daß das sittliche Ganze und seine Gliederung sich erhalten und weiter bilden kann", dagegen ausdrücklich es ablehnt, die „öffentliche Anerkennung" zum

wesentlichen Merkmale des Rechts zu erheben*), stellt er sich in unwillkürlichen Gegensatz zum positiven Recht. Trotzdem aber geht er fortwährend von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß er mit jener Definition vom Recht auch das Wesen des positiven Rechts und zwar nicht bloß hinsichtlich seines Inhalts, sondern auch hinsichtlich seiner bindenden Kraft getroffen habe.

Und damit berühre ich das Hauptgebrechen, an welchem m. E. nicht nur Trendelenburgs, sondern mehr oder weniger die gesammte Rechtsphilosophie leidet. Wohl hat man es wiederholt ausgesprochen, daß das Ziel derselben sei, eine ideale Norm zur Beurtheilung aller thatsächlich gegebenen Rechtsordnungen zu finden, nicht diese letzteren selbst in ihrem innern Zusammenhange und allgemeinen Grunde zu begreifen. Aber unter der Hand ist fast noch immer die Idee, die nach der Meinung der betreffenden Philosophen alle Rechtsordnungen beherrschen *sollte*, zu einer Idee geworden, die dieses thatsächlich Gegebene, das positive Recht im weitesten Sinne wirklich beherrscht. So selbst bei Herbart und seiner Schule. Gerade sie haben ja das unleugbarste Verdienst um die Formulirung der Aufgaben der praktischen Philosophie. Aber sofern sie den *Grund* der verpflichtenden Kraft des positiven Rechts in einer *Idee* des Rechts suchen,

---

*) Das Bedenken, das Trendelenburg hiergegen erhebt, daß hiermit nämlich *stets* ein Uebergang in die Theorie vom Staatsvertrage stattfinde, dürfte durch die ganze bisherige Ausführung, insbesondere §§ 63 ff., ausreichend widerlegt sein. Vgl. auch meinen Artikel in der Zeitschrift für Kirchenrecht, XII, S. 289, Note 9.

die neben und mit vier andern sittlichen Ideen die Grundlage alles sittlichen Urtheils bilden soll, lenken sie gleichfalls in jene bedenkliche Bahn ein.

Und eben in diesem zuletzt berührten Hauptgebrechen fast der gesammten Rechtsphilosophie liegt theils ein Aergerniß, theils eine schwere Gefahr für Wissenschaft und Praxis des positiven Rechts, die ihre Aufgaben gar nicht lösen können ohne die reinliche Herausstellung dessen, was wirklich Recht ist, — liegt auch das ergiebigste Angriffsmaterial für jenen falschen Realismus, der ohnehin alles Ideale zu leugnen geneigt ist, weil er es nicht mit Händen greifen kann. Denn wie immer die verschiedenen Theorien die ethische „Idee des Rechts" zu bestimmen suchen, in der That ist keine unter ihnen, der sich nicht mit Leichtigkeit Verstöße gegen das positive Recht nachweisen ließen. Wenn man entgegnet, die Widersprüche der Wirklichkeit könnten doch die Idee selbst nicht aufheben, so ist dies richtig vom Standpunkte einer Ansicht, die den Rechts*begriff*, wie er sich abstrahiren läßt aus dem Ganzen des wirklichen, thatsächlichen Rechts, und die *Rechtsidee*, nach welcher alles Recht geschätzt, gemessen, beurtheilt, das Rechtsideal, welches erstrebt werden soll, streng auseinanderhält, — vom Standpunkte einer Ansicht, die nicht bloß als wahres Recht kennt, was der Idee entspricht, sondern auch zahlreiche Normen, die der Idee nicht entsprechen. Aber schlechthin unzulässig ist der Einwand seitens aller derer, welche aus der Uebereinstimmung mit der Idee ein wesentliches Merkmal des Begriffs machen.

Sollte die Uebereinstimmung mit einer gewissen „Idee"

wirklich zum „Begriff" des Rechts gehören, dann ist nur ein Doppeltes möglich: Entweder man versagt einem Theile des positiven Rechts bloß wegen des Mangels dieser Uebereinstimmung den Titel „Recht", oder man sucht die Idee stets so weit zu fassen, daß schlechthin alles positive Recht darunter zu bringen ist. Beides führt ad absurdum. Im erstern Falle ist mit allem Bemühn sicher nicht mehr erreicht, als ein Namenwechsel. Die Gleichartigkeit in praktisch-juristischer Beziehung läßt das durch die angebliche Rechtsidee Getrennte doch immer noch als ein Ganzes erscheinen, und zwar als dasjenige, welches Gegenstand der bisherigen Rechtswissenschaft war, vermuthlich auch der künftigen sein wird; der Gegensatz des Rechtsbegriffs zur Rechtsidee bleibt also der Sache nach ganz wie vorher. Im zweiten Falle dagegen wird die Idee des Rechts als Idee oder als Maßstab der Beurtheilung des wirklichen Rechts geradezu aufgegeben; ein Ideal, das mit aller Wirklichkeit übereinstimmte, ist offenbar gar kein Ideal mehr.

120. Indem ich die Nothwendigkeit strenger Auseinanderhaltung von Rechtsbegriff und Rechtsidee so stark als möglich betone, muß ich mich jedoch in zwiefacher Hinsicht gegen Mißverständnisse wahren.

Zum Ersten leugne ich nicht, daß in fernster Zukunft einmal oder überhaupt zu irgend einer bestimmten Zeit das wirkliche Recht der etwa anzunehmenden Rechtsidee völlig entsprechen könnte. Ohne diese Voraussetzung hätte schon die Annahme einer solchen Idee gar keinen Sinn. Wohl aber ist zu beachten, daß auch nach Erfüllung dieser Voraussetzung Rechtsbegriff und Rechtsidee keineswegs sich decken

würden. Was in dem angenommenen günstigsten Falle mit der Rechtsidee sich deckt oder m. a. W. als deren Verwirklichung erscheint, ist bloß ein ganz bestimmtes Recht, ein ganz bestimmter Complex von Rechtsnormen, die nur für eine bestimmte Gemeinschaft und jedenfalls erst von einer bestimmten Zeit an gelten, nicht dagegen alles wirkliche Recht, das irgendwo gilt und irgendeinmal gegolten hat.

Zum Zweiten bestreite ich nicht, daß in allem Rechte sich eine gewisse, gleichmäßige, formale Tendenz aufzeigen läßt. Nach meinem eigenen Rechtsbegriffe sind alle Rechtsnormen gerichtet auf irgend ein Zusammenleben von Menschen. Wollte man daher den Gedanken: „es soll unter Menschen Zusammenleben nach Normen sein!" die Idee des Rechts nennen, so würde zuzugeben sein, daß diese Idee wirklich alles Recht beherrsche. Allein wie ich schon am Schlusse von § 119 hervorhob, eine solche Idee, nach welcher das Widersprechendste als gleich werthvoll gedacht werden könnte, ist in Wahrheit gar nicht mehr Idee, sondern eine reine Abstraction aus materiell verschiedenen Anschauungen. Die erwähnte Tendenz ist aber auch nicht einmal ein selbständiges Merkmal des Rechtsbegriffes; denn die Tendenz verschwindet hier völlig hinter der wirklichen Leistung der betreffenden Normen. Wo bloß die Tendenz vorhanden, ohne daß es zu einem Zusammenleben kommt, da ist noch gar kein Recht vorhanden; erst wenn die Normen sich die Anerkennung derer errungen haben, die sie binden sollen, und hierdurch gemeinsames Leben wirklich erzeugt ist, erscheinen sie als Rechtsnormen.

121. Es bleibt noch übrig, in aller Kürze auseinander zu setzen, wie ich trotz der in den §§ 117—120 gegebenen Ausführung an dem in § 110 gemachten Zugeständnisse fest zu halten vermag, daß man die gesammte Lehre vom Rechte als einen Theil der Ethik, die Rechtsnormen als eine Art sittlicher Normen betrachten könne. Streng genommen zwar hätte ich mir dieses Zugeständniß selbst und damit alle weiteren Erörterungen hierüber ersparen können; denn sie liegen entschieden außer dem Rahmen meiner gegenwärtigen Aufgabe, sie sind für die Feststellung des Wesens des positiven Rechts irrelevant. Aber die Kritik der ethischen Theorien vom Rechte weckt unwillkürlich das Bedürfniß, das Verhältniß von Recht und Sittlichkeit in anderer, selbständiger Weise zu bestimmen, sei es auch nur in groben, durchaus skizzenhaften Umrissen.

122. Die Behauptung selbst, daß das Recht als eine Art der Sittlichkeit aufgefaßt werden könne, ruht insbesondere auf zwei Voraussetzungen:

1) daß eine analoge Unterscheidung, wie die zwischen Rechtsbegriff und Rechtsidee, auch in dem Gebrauche des Wortes „Sittlichkeit" zu machen ist;

2) daß das Gebiet des Sittlichen in dieser doppelten Bedeutung so weit zu denken ist, daß es in dem einen Falle alles wirkliche Recht, in dem andern das vollständige Rechtsideal mit in sich begreift.

Diese beiden Voraussetzungen stehen im Widerspruch mit der von Kant und Herbart mit aller Entschiedenheit vertretenen Anschauung, daß moralisch oder sittlich nur sei, was schlechthin unbedingt und ewig bindet. Soll es trotz-

dem gelingen, jene beiden Voraussetzungen mit wenigen Worten zu rechtfertigen, so kann es begreiflicherweise nur geschehen im Wege einer Verständigung über den Sinn des Ausdrucks „sittlich", nicht durch einen Angriff auf den eigentlichen sachlichen Kern der zuletzt gedachten Vorstellung. Eine solche Verständigung halte ich aber nicht nur für möglich, sondern auch in mehrfacher Beziehung für ersprießlich.

In Wahrheit stecken in der Anschauung Kant's und Herbart's zwei wohl zu unterscheidende Gedanken. Der eine ist, daß es überhaupt Normen giebt, die unbedingt und ewig binden; wenn auch nicht in dem Sinne, daß sie von Allen und zu aller Zeit als solche empfunden und beobachtet würden, so doch in dem Sinne, daß sie als schlechthin und für alle Ewigkeit gegeben anzusehen sind. Der andere Gedanke ist, daß mit den Ausdrücken „moralisch" und „sittlich" stets nur diese unbedingten und ewigen Normen gemeint sind.

Den ersten Gedanken anzufechten, habe ich nicht den mindesten Anlaß. Dagegen kann ich mich nicht davon überzeugen, daß die Bedeutung des „Sittlichen" — von dem Ausdruck „moralisch" sehe ich ab — eine so beschränkte sei, wie der zweite Gedanke annimmt. Rein sprachlich betrachtet, bedeutet vielmehr „sittlich" Alles, was der Sitte gemäß ist, also zunächst, was irgend einer wirklich herrschenden Sitte d. h. irgend einer gleichmäßig befolgten Regel des menschlichen Handelns (§ 110) entspricht. Erst in nachfolgender Bedeutung ist „sittlich" dasjenige, was alle Sitte bestimmen sollte. Denselben Doppelsinn haben

an sich die Worte „Sittlichkeit“ und „Sittenlehre“. Dabei leugne ich natürlich nicht, daß der heutige Sprachgebrauch alle diese Worte fast ausschließlich in dem zweiten Sinne verwendet. Aber völlig beseitigt ist die ursprüngliche Bedeutung hierdurch nicht. Und danach folgt von selbst die Berechtigung der beiden obigen Voraussetzungen. Umfaßt die Rechtssitte (§ 110) den eigentlichen Kern alles Rechts, namentlich die Normen erster Ordnung dergestalt, daß in der That nichts Recht ist, was nicht irgendwie auf eine Rechtssitte zurückweist (§§ 74, 100, 109), und ist andererseits Rechtssitte nur eine besondere Art der Sitte, so ist offenbar alles positive Recht nur eine Art des Sittlichen in der ersten, ursprünglichen Bedeutung des Wortes. Und wiederum, wenn der Gegenstand der Beurtheilung, für welche ein gewisses Rechtsideal der Maßstab sein soll, sich zu demjenigen, was Gegenstand der Beurtheilung aus dem Gesichtspunkte der Sittlichkeit in der zweiten Bedeutung dieses Wortes sein soll, ganz und gar wie die Art zur Gattung sich verhält, so kann doch auch jenes Rechtsideal nur als eine Art oder Seite des Sittlichkeitsideals begriffen werden.

123. Das unterscheidende Merkmal des Rechtsbegriffs im Gegensatze zu dem Sittlichen (in der ersten Bedeutung) als Gattungsbegriff ist durch die gesammte vorausgegangene Ausführung gegeben: die Anerkennung der betreffenden Regeln für das Handeln als Normen des Gemeinschaftlebens seitens der Genossen. Damit soll nicht gesagt sein, daß die frühere Rechtsphilosophie gar sehr irre ging, wenn sie den Unterschied des Rechts von der Sittlichkeit vorzugsweise aus dem Begriffe des

subjectiven Rechts entnehmen zu müssen glaubte. Ein Fehler war es nur, daß sie des objectiven Rechts als der Grundlage des subjectiven zuweilen vergaß, daß sie in Folge dessen das subjective Recht in vollständigen Gegensatz stellte zu dem Begriff der Pflicht, daß sie endlich das Characteristische des subjectiven Rechts in dem bloßen Erlaubtsein fand. Die Erörterung des § 115 hat ergeben, daß Verpflichtetsein und Erlaubtsein nothwendig zusammen gehören, sofern sie beide die natürliche Consequenz jeder Normen-Anerkennung sind; und eben darum sind sie beide schon Kennzeichen der Gattung, von welcher das Recht eine Art bildet. Denn wie der Begriff der Normen-Anerkennung weiter reicht als der Begriff der Anerkennung als Gemeinschaftsnormen, so reichen auch die Begriffe der Pflicht und des Erlaubten weiter als der Begriff des subjectiven Rechts. Dagegen weist uns die Erörterung des § 105 darauf hin, wo wir das Besondere des letzteren zu suchen haben; nur im Rechte, nur wo Normen des Handelns zugleich als Normen des Zusammenlebens seitens der Genossen anerkannt werden, steht der Pflicht des Einen stets gegenüber der Anspruch des oder der anderen Genossen.

124. Wenn endlich nach § 122 a. E. Ideal des Rechts nur eine Art oder Seite des Sittlichkeitsideals sein kann, so liegt darin schon ausgesprochen, daß das Verhältniß beider zu einander nur in zweifacher Weise gedacht werden kann. Entweder muß man annehmen, daß in der sittlichen Gesammtidee oder einem ganzen Kreise sittlicher Ideen eine ganz bestimmte Idee enthalten sei, die für sich allein einen vollständig genügenden Maßstab für die Werthschätzung alles

Rechtes abgiebt. Oder das Rechtsideal ist gar kein selbständiges Ideal für sich, sondern nichts anderes als der Inbegriff der sittlichen Ideen selbst, angesehen unter dem Gesichtspunkte des formalen Rechtsbegriffs d. h. gedacht als anerkannte Normen menschlichen Gemeinschaftslebens.

Den Nachweis zu liefern, daß und warum alle Versuche in der ersteren Richtung die Aufgabe zu lösen mißlungen sind, würde eine besondere Abhandlung erfordern. Aber vielleicht ist die Zeit nicht allzu fern, wo man die andere Auffassung der Sache als gar keines Beweises mehr bedürftig erachtet. Die Folge würde dann freilich auch die Erkenntniß sein: eine Rechtsphilosophie, wie sie jetzt meist noch gefordert wird, ist ein Unding. Die Ergründung des Wesens des positiven Rechts gehört als juristische Prinzipienlehre zur positiven Rechtswissenschaft oder Jurisprudenz selbst; die Aufsuchung eines idealen Werthmessers zur Beurtheilung alles Rechts fällt zusammen mit den Aufgaben der praktischen Philosophie überhaupt.

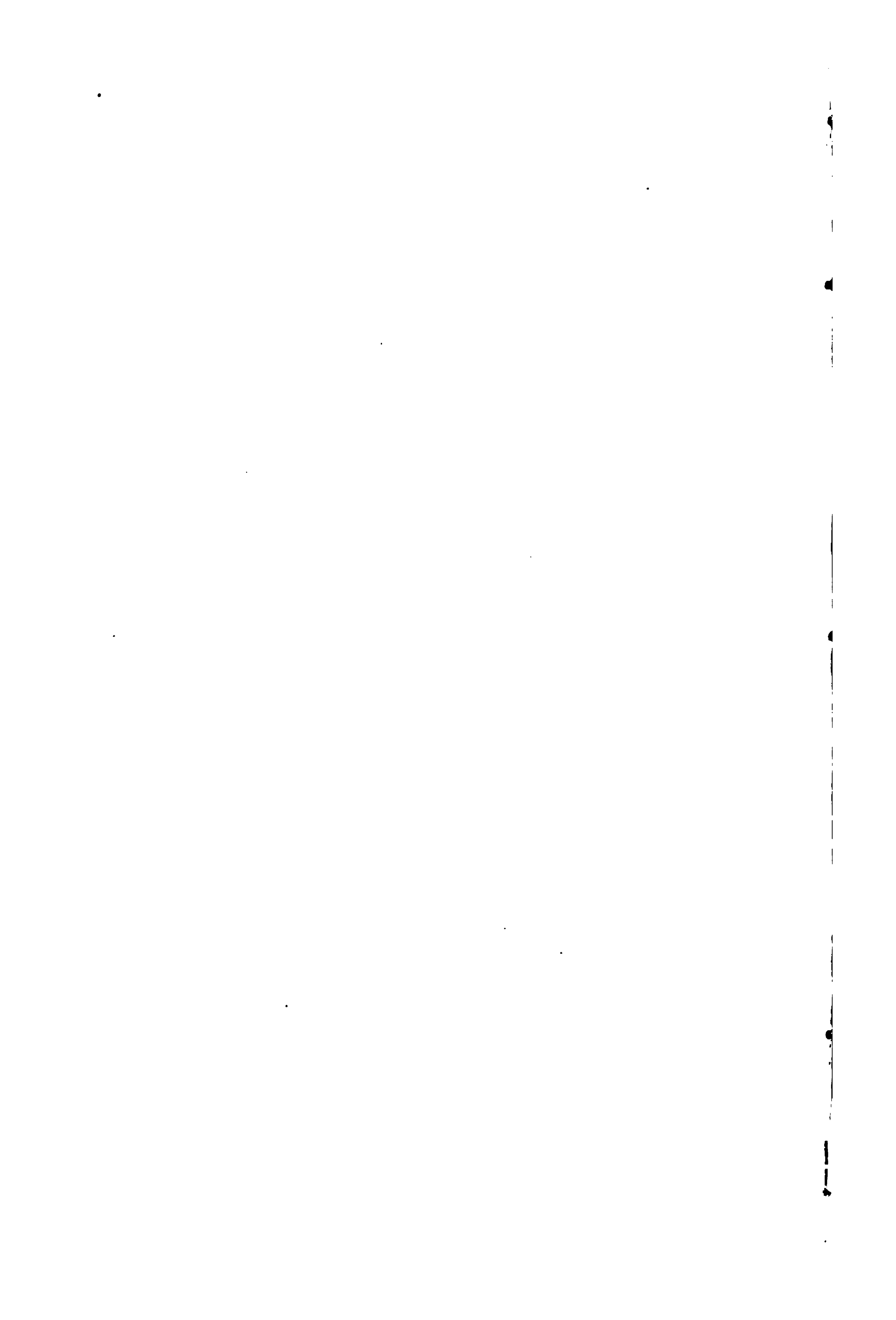
Druck von Friedr. Andr. Perthes in Gotha.

Berichtigungen.

S. 96 Z. 2 l. Bruns statt Bruhns.
„ 110 „ 11 l. die statt diese.
„ 129 „ 10 l. ihnen statt einen.

Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe

II.



Zur Kritik

der

juristischen Grundbegriffe

von

Dr. Ernst Rudolph Bierling
orb. Prof. der Rechte in Greifswald.

Zweiter Theil.



Gotha
Friedrich Andreas Perthes
1883.

Inhalt.

Einleitung.

Zweites Buch.

Objektives und subjectives Recht.

Anhang zum zweiten Buche.

Zwei Excurse.

Die Aufgabe, welche die nachfolgenden weiteren Untersuchungen „zur Kritik der juristischen Grundbegriffe" zu lösen haben, ist im allgemeinen schon durch den Inhalt des vor sechs Jahren veröffentlichten ersten Theils gegeben.

Dort war ich ausgegangen (Th. I, S. 17 ff.) von einem einzelnen bestimmten Rechtssatze, dessen rechtsverbindliche Kraft keinem Zweifel unterliegt: es kam darauf an, den Grund dafür hinzuzusuchen. Als nächster Grund lag auf der Hand: die verpflichtende Kraft des Reichsgesetzes, welchem der fragliche Rechtssatz entnommen; als fernerer: das Zustandekommen des fraglichen Gesetzes in Gemäßheit der deutschen Reichsverfassung, d. h. durch die Thätigkeit gewisser daselbst bezeichneter Subjecte, unter Beobachtung der ebendaselbst festgestellten Normen*). Zugleich (§ 7) ergaben sich ohne weiteren Beweis die analogen Gründe für jede sonstige „gesetzliche" Bestimmung. Es blieb nur die Frage: „Worauf beruht die verpflichtende Kraft der Verfassung?" Auf einer

---

*) Beiläufig mag hierzu bemerkt werden, daß die einschlagenden Artikel der Reichsverfassung in § 6 theilweise falsch angegeben sind; es ist zu lesen: Art. 78 statt 77, Art. 2 und 17 statt Art. 3. Indessen darf ich wohl annehmen, daß irgendwelche erhebliche Mißverständnisse über meine Meinung hierdurch nicht entstanden sind.

bestimmten Qualität der bezeichneten Subjecte, oder auf einer bestimmten Qualität der Normen, welche die Thätigkeit dieser Subjecte bestimmen?

Daß zunächst diese Alternativfrage zu Gunsten der zweiten denkmöglichen Erklärungsweise zu entscheiden sei, habe ich auf apagogischem Wege gerechtfertigt, d. h. durch den Nachweis (§§ 8, 10—57), daß die erste Erklärungsweise, wie mannigfach man dieselbe auch variiren möge, keinesfalls als zulänglich erscheint, und jeder Versuch, mit derselben völlig Ernst zu machen, zugleich auf die zweite hinweist. Als Antwort dagegen auf die sofort sich erhebende neue Frage, wie die Qualität der Normen näher zu bestimmen sei, in denen das Wesen einer Verfassung besteht, und auf welche darum nach dem Bemerkten die verpflichtende Kraft des Gesetzes zurückzuführen ist, bot sich mir nunmehr das Resultat einer von ganz anderem Ausgangspunkte aus unternommenen Untersuchung über das Wesen des positiven Rechts, — dasselbe Resultat, dessen ich in den Vorbemerkungen (§§ 1—5) zum ersten Bande bereits zu gedenken, dasselbe, welchem auch die Untersuchung über die oben aufgeworfene Alternativfrage hie und da eine Bestätigung gebracht hatte.

Damit schließt naturgemäß dasjenige Stück meiner Gesammtarbeit, in welchem die analytische Methode, oder besser, die Methode der Reduction (Sigwart, Logik II, 250ff.) die in erster Linie maßgebende sein mußte. Zugleich aber war als weitere Aufgabe gegeben: fortgesetzte Prüfung der auf diese Weise gewonnenen Ansicht über das Wesen des positiven Rechts.

Begonnen habe ich diese Prüfung mit einer Kritik

der wichtigeren sonstigen allgemeinen Ansichten vom Rechte, welche mit der meinigen zwar das Eine gemein haben, daß sie den Nachdruck legen auf die Existenz gewisser Normen, dagegen von ihr abweichen in der Bestimmung der differentia specifica der Rechtsnormen im Verhältnisse zu anderen Normen (Th. I, §§ 9, 58 ff.). Dabei fand sich leicht Gelegenheit, nicht nur meine Ansicht nach mehreren Richtungen hin zu präcisiren, sondern auch beiläufig eine Reihe thatsächlicher Momente aufzuzeigen, die direct zu ihren Gunsten sprechen (vgl. z. B. §§ 68 ff.).

Aber auch die folgenden vier Bücher, von welchen die beiden nächstfolgenden die Begriffe „objectives" und „subjectives Recht" im Verhältnisse zu einander, nebst den daraus sich ergebenden Consequenzen, sowie die Lehre vom Rechtsgeschäft, zwei für später in Aussicht zu nehmende das Unrecht und die Geltungsbewährung des Rechts wider das Unrecht behandeln sollen*), stellen sich in gewisser Beziehung dar als fortgesetzte Untersuchung über das Wesen der positiven Rechts. Nur wird der Gang der Erörterung hier ein entgegengesetzter sein. Die auf dem Wege der Reduction gewonnene, durch die Kritik der fremden Meinungen bekräftigte allgemeine Ansicht bildet von jetzt ab die natür-

*) Danach bedarf allerdings die in Th. I, § 101 enthaltene Verweisung auf das zweite Buch einer Berichtigung. Die Lehre von den Rechtsquellen, soweit ein Eingehen auf dieselbe überhaupt beabsichtigt, wird zum größten Theil erst im dritten Buche behandelt werden, und das Meiste von dem, was sonst in § 101 angeführt ist (abgesehen von der Lehre vom subjectiven Rechte), wird sogar einem sechsten Buche vorbehalten bleiben müssen.

liche — wenn auch in einer oder der andern Beziehung noch näher zu begründende und möglicherweise auch zu corrigirende — Grundvoraussetzung aller weiteren Arbeit. Letztere muß also in erster Linie deductiver Art sein, d. h. es ist jetzt stets vor Allem zu untersuchen: welche Schlußfolgerungen ergeben sich aus unserer allgemeinen Ansicht vom Rechte für die Kritik der verschiedenen einzelnen juristischen Grundbegriffe, wie beispielsweise „Rechtspflicht", „subjectives Recht", „Rechtssubject", „Rechtsverhältniß", „Rechtsgeschäft" u. s. w.? Aber die Richtigkeit des gewonnenen Resultats und damit indirect auch die Richtigkeit der Grundvoraussetzung ist dann allerdings weiter zu erproben: einestheils durch Prüfung der bisherigen Meinungen bezüglich der betreffenden Begriffe, anderntheils durch allerlei mehr ins Detail fortgesetzte Schlußfolgerungen und resp. Vergleichung derselben mit zweifellosen Thatsachen des positiven Rechts.

Zweites Buch.

Objectives und subjectives Recht.

I.

125. Die Untersuchungen des ersten Buches sind auf die Thatsache, daß der höhere Gattungsbegriff für das Recht im objectiven Sinne der Begriff der Norm ist, nicht näher eingegangen. Ich habe mich darauf beschränkt, ausdrücklich diese Voraussetzung zu machen (Th. I, § 1, S. 3), oder mit anderen Worten an denselben Gedanken anzuknüpfen (§ 1 A), der unter Anderen von Savigny (System des heutigen römischen Rechts I, S. 58 f.) gelegentlich der Eintheilung der Rechtssätze vertreten, von Ihering zum Ausgangspunkte seiner Lehre von der „juristischen Construction" (Geist des römischen Rechts II, § 41, 1. Auflage S. 385) genommen und neuerdings von Thon zur Grundlage seines Werkes „Rechtsnorm und subjectives Recht" gemacht worden ist. Ein besonderer Beweis, daß alles Recht seinem Wesen nach imperativischer Natur sei, schien mir damals überflüssig; jedenfalls war er für die Lösung der Aufgabe entbehrlich, die ich mir zunächst gestellt hatte.

Nachdem jedoch diese Voraussetzung wider alles Erwarten in neuester Zeit lebhafte Anfechtungen erfahren hat, halte ich es für nothwendig, auch meinerseits auf dieselbe

näher einzugehen. Dies um so mehr, als ich den Schlußfolgerungen, zu welchen Thon von der gleichen Voraussetzung aus gelangt ist, in vielen und wichtigen Punkten nicht beitreten kann, — was mich übrigens nicht hindert, das Verdienst seiner Untersuchungen im ganzen recht hoch anzuschlagen.

126. Vor allen Dingen gilt es, den Grundsatz von der imperativischen Natur alles Rechts zu wahren gegen eine Inconsequenz, zu der sich auch Thon hat verleiten lassen. Derselbe schreibt (a. a. O. S. 11 f.) wörtlich:

„Die Rechtsordnung wünscht, daß geschehe, was sie gebietet, sowie daß ungeschehen bleibe, was sie verbietet. Ihre Imperative sind ihr nur Mittel zum Zwecke, ein Versuch, das Befohlene zu erreichen. Und unvollkommen sind diese Mittel um deswillen, weil der Wille der Normunterworfenen frei bleibt und den Befehlen Ungehorsam entgegensetzen kann. Wo die Rechtsordnung mithin das gewünschte Ergebniß auf andere Weise ohne Beschwerde und mit voller Sicherheit zu erreichen vermag, wird sie alle Veranlassung haben, diesen anderen, bequem und sicher führenden Weg vorzuziehen.

In einer solchen glücklichen Lage befindet sich die Rechtsordnung in allen Fällen, wo es sich lediglich darum handelt, den Eintritt gewisser Rechtswirkungen zu verhindern. Wie im letzten Abschnitte gezeigt werden soll, ist das Rechtsgeschäft als Geschäft des Rechts aufzufassen: als diejenige menschliche Handlung, an deren Vornahme die Rechtsordnung den Eintritt oder das Aufhören bestimmter Imperative im voraus geknüpft hat —

und welche damit als das Mittel zur Hervorrufung jener Rechtsfolgen bezeichnet und den Geschäftsfähigen zu beliebiger Benutzung überlassen wird. Wünscht die Rechtsordnung nun, daß unter gewissen weiteren Voraussetzungen, trotz Vornahme der Handlung, die mit dieser für gewöhnlich verknüpfte rechtliche Wirkung nicht eintreten soll, so braucht sie dieses nur auszusprechen. Der Eintritt rechtlicher Wirkungen ist dann eine Unmöglichkeit. Eines Verbotes bedarf es dann nicht. Ein „Du sollst nicht" ist da nicht erforderlich, wo die Rechtsordnung mit einem „Du kannst nicht" das Nämliche und nur noch sicherer erreicht. Mit letzterem Ausspruche ist die Fähigkeit zur Hervorbringung des unerwünschten Erfolges von vornherein genommen."

Der Widerspruch dieser Sätze mit dem einen allgemeinen Satze:

> „Das gesammte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein Complex von Imperativen, die insofern mit einander verknüpft und verbunden sind, als die Nichtbefolgung der einen für andere häufig die Voraussetzung des Befohlenen bildet",

liegt auf der Hand und ist auch bereits von anderer Seite gerügt worden.

Allerdings darf man momentan versucht sein zu meinen, der Widerspruch bestehe mehr nur in der Fassung, als in der Sache. Denn Thon giebt alsbald darauf nicht nur ganz offen zu, der Ausspruch „Du kannst nicht" sei kein Imperativ, sondern bemerkt auch zugleich, um der von mir gezogenen Schlußfolgerung vorzubeugen, er sei „kein selb-

ständiger Rechtssatz". Allein in Wahrheit wird dadurch doch nur der wirklich vorhandene Widerspruch einigermaßen verdeckt. Die Frage kann in erster Linie nur sein: „Ist ein solcher Ausspruch überhaupt Rechtssatz oder nicht?" Wird die Frage bejaht, so liegt in dem vorausgeschickten Zugeständniß, daß das „Du kannst nicht" kein Imperativ, oder, besser gesagt, nicht auf einen Imperativ zu reduciren sei, zugleich das Zugeständniß nicht-imperativischer Rechtssätze neben den imperativischen. Ob dann auch die ersteren unselbständige, nur die letzteren selbständige Rechtssätze sein mögen, — das Princip, daß alles Recht aus Imperativen bestehe, ist unter solcher Voraussetzung unhaltbar. Anderseits ist gar nicht abzusehen, wie man dazu kommen soll, einer gesetzlichen Bestimmung, deren Geltung und rechtliche Bedeutsamkeit außer Zweifel ist, wie z. B. dem Ausspruche „Schenkungsversprechen unter Ehegatten sind nichtig", die Qualität eines Rechtssatzes völlig abzusprechen. Gewiß kann der sprachliche Ausdruck der einzelnen Rechtssätze nicht maßgebend sein für die Beurtheilung des wahren Charakters derselben. Gewiß kann daher behauptet werden, und wird von mir ganz wie von Thon u. A. behauptet, daß zumal in unserer modernen Gesetzgebung Form und Inhalt augenfällig differiren. Ja, es ist sogar zuzugeben, daß bisweilen in Gesetzen, und zwar mitten in dem sogen. dispositiven Theile derselben, Sätze sich finden mögen, die, genau angesehen, gar keine rechtliche Bedeutung haben und darum in der That auch nicht Rechtssätze zu nennen sind. Aber einer gesetzlichen Bestimmung rechtlichen Inhalt und Wirksamkeit zuzugestehen und doch

zugleich ihnen die Qualität als Rechtssatz abzusprechen, ist schlechthin unmöglich*).

Um den Widerspruch wahrhaft zu beseitigen, giebt es

---

*) Unklar ist, was Bergbohm in seinem sonst in vielfacher Hinsicht beachtenswerthen Buche „Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts" (S. 64) von Gesetzesbestimmungen sagt, welche die Rechtsfolge der Nichtigkeit, Verlust des Klagerechts durch Verjährung u. dergl. verhängen: „... Insoweit sie solche Wirkungen vorschreiben, sind diese Gesetze eigentlich gar keine Gesetze, sind sie nur Erklärungen des Gesetzgebers, dahingehend, daß gewisse Handlungen, die der Handelnde oder andere Personen für rechtlich relevant halten könnten, nach seinem, des Gesetzgebers Willen und für ihn und die von ihm abhängigen Einrichtungen rechtlich irrelevant sein sollen, mit anderen Worten, daß er solche Handlungen in rechtlicher Beziehung ignoriren wolle." Zuvörderst ist aus den Worten nicht zu entnehmen, ob Bergbohm den fraglichen Gesetzesbestimmungen auch die Qualität von Rechtssätzen abspricht, da er unter „Gesetz" speziell nur eine Verbindung zweier Rechtssätze, einer Norm und einer Rechtsfolgebestimmung für den Fall der Uebertretung ersterer, verstanden wissen will. Andererseits enthält die zweite Hälfte des Satzes einen Widerspruch; denn eine in ein Gesetz aufgenommene Erklärung, daß eine Handlung rechtlich irrelevant sein solle, selbst wenn diese Erklärung wirklich nur für „die vom Gesetzgeber abhängigen Einrichtungen" bestimmt war, ist „niemals bloß eine Erklärung des Gesetzgebers, daß er solche Handlungen ignoriren wolle". Was der Gesetzgeber als solcher erklärt seinerseits ignoriren zu wollen, würde der Richter darum nicht ignoriren dürfen oder gar müssen; wenn er es dennoch in den angenommenen Fällen soll, so soll er es, weil es ihm der Gesetzgeber durch jene fraglichen Gesetzesbestimmungen gebietet. Nimmt man übrigens hinzu, daß an die Uebertretung solcher Gebote durch den Richter ebenfalls gewisse Rechtsfolgen geknüpft zu sein pflegen, so würde ihnen mindestens im Zusammenhange mit den letzteren die Gesetzesqualität auch im Bergbohmschen Sinne nicht abzusprechen sein. (Auf den eigenthümlichen Gesetzesbegriff Bergbohms selbst näher einzugehen muß ich mir für eine andere Gelegenheit vorbehalten.)

nur eine zwiefache Möglichkeit. Entweder man gesteht offen zu, daß neben den imperativischen Rechtssätzen noch eine zweite Art von Rechtssätzen steht, deren Eigenthümlichkeit darin besteht, daß sie nicht Imperative sind. Oder man nimmt umgekehrt an, daß Rechtssätze der letzteren Art nicht existiren, vielmehr überall, wo solche hervorzutreten scheinen, dieser Schein nur auf der sprachlichen Form resp. auf dem besonderen Inhalt oder der eigenthümlichen Verknüpfung wirklicher Imperative beruht.

127. Zweifelhafter mag es erscheinen, ob ein ähnlicher Widerspruch, wie der eben besprochene, auch vorliegt in dem von Thon gemachten Unterschiede zwischen Setzung und Rücknahme von Imperativen. Ich wage in dieser Beziehung nicht zu entscheiden; denn Thon hat sich nicht bestimmt genug ausgesprochen, wie er sich die Zurücknahme oder Aufhebung eines Imperativs eigentlich vorstellt. Einzelne seiner Redewendungen dürften aber dafür sprechen, daß er sich die einfache Rücknahme nicht imperativisch denkt, selbst dann nicht, wenn sie ausdrücklich, insbesondere durch Gesetz erfolgt; und dann ist in der That der fragliche Widerspruch vorhanden. Ihn zu beseitigen, bez. ihm vorzubeugen, bleibt auch hier nur die Alternative, entweder imperativische und nicht-imperativische Rechtssätze neben einander anzunehmen, oder die scheinbar nicht-imperativischen als in Wahrheit auch-imperativische nachzuweisen.

128. Für meinen Theil stehe ich nicht an, den Grundsatz von der imperativischen Natur alles Rechts im vollen Umfange festzuhalten. Aus doppeltem Grunde. Erstens drängt dazu schon die unbefangene Betrachtung dessen, was

wir als formelle Rechtsquellen zu bezeichnen gewohnt sind. Zweitens ist mir ganz zweifellos, daß auch in den Bestimmungen, in denen Thon ein „Du kannst nicht" oder die einfache Rücknahme eines früheren Imperativs findet, der Sache nach Imperative enthalten sind.

129. Daß aus dem Gewohnheitsrecht keine Argumente gegen die Normenqualität aller Rechtssätze entnommen werden können, bedarf wohl keiner längeren Erörterung. Freilich kann das Gewohnheitsrecht selbst auch keine sichere Grundlage abgeben für unsere Annahme, überhaupt für eine Erörterung über die logische Natur des Rechts; aber die altübliche Bezeichnung „opinio necessitatis" weist wenigstens darauf hin, daß unsere Annahme der unbefangenen Vorstellung von gewohnheitsrechtlichen*) Rechtssätzen entspricht.

Die Zweifel an der allgemeinen imperativischen Natur

*) Wenn Henri Brocher (Les révolutions du droit I, p. 217 sq.) das Gewohnheitsrecht als ein bloßes droit consultatif (im Gegensatz zum droit impératif) bezeichnet, so hängt dies damit zusammen, daß derselbe 1) Rechtssitte im strengen Sinne (= Rechtsgewohnheit) mit Sitte überhaupt zusammenwirft; 2) schlechthin kein Gebot, kein „Du sollst" kennen will, hinter welchem nicht unmittelbar äußere Zwangsmaßregeln stehen (wie er denn auch in der ganzen Moral nur einen Inbegriff von guten Rathschlägen erblickt, die sich für uns aus eigenem wohlverstandenen Interesse ergeben). Ein näheres Eingehen auf derartige Anschauungen ist hier wohl überflüssig. Ich leugne natürlich gar nicht, daß die Intensität des gebietenden Willens, so zu sagen die innere Stärke des Imperativs, eine höchst verschiedenartige sein kann, und daß andererseits gute Rathschläge nicht selten mehr wirken als Gebote, selbst wenn mit letzteren strenge Strafdrohungen verbunden sind. Allein der Unterschied zwischen Gebot und Rathschlag liegt eben nicht in der thatsächlichen oder wahrscheinlichen Wirksamkeit, sondern

des Rechts pflegen denn auch meist abgeleitet zu werden aus dem Inhalte der Gesetzgebung. Namentlich ist es die Form unserer modernen Gesetzestexte, die anscheinend solche Zweifel unterstützt. Aber auch nur anscheinend, ja im Grunde nur bei höchst oberflächlicher Betrachtung derselben. Denn der ganze Schein ist nur vorhanden für denjenigen, welcher die Eingangsworte unserer Gesetze nicht in ihrer vollen Bedeutung würdigt. Das einzige Wort „verordnen", das in ihnen immer und immer wiederkehrt*), giebt allein den nachfolgenden Sätzen den Normen-

---

einzig in der Verschiedenheit der Intention. Wer gebietet, verlangt einfach Befolgung; wer nur rathen will, stellt die Befolgung im letzten Grunde der Willkür des Berathenen anheim. Es erscheint aber über jeden Zweifel erhaben, daß ein gleicher oder auch nur ähnlicher Gegensatz zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrechtssätzen nicht besteht.

*) Ich denke nicht, daß ich den Einwand zu fürchten habe, ich verwechsele hier selbst Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl. Ich kann mir diese Unterscheidung, wie sie neuerdings Laband (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, S. 4ff.) besonders betont hat, sehr wohl aneignen, wenn auch nur mit einiger Reserve inbetreff der darüber gegebenen Ausführung. Nicht zustimmen kann ich nämlich, wenn Laband die Schaffung eines Rechtssatzes und seine Ausstattung mit rechtsverbindlicher Kraft oder seine Sanction als zwei wesentlich verschiedene Acte neben einander stellt. Ein Rechtssatz, der gar noch nicht rechtsverbindliche Kraft besitzt, ist überhaupt noch kein Rechtssatz; und was solche Kraft besitzt, bedarf keiner weiteren Sanction. Es ist zwar ganz richtig, daß „der Staat in der Lage sein kann, nicht nur den Rechtssatz in dem geltenden Gewohnheitsrecht, sondern sogar den Wortlaut des Gesetzes, dem er die Sanction ertheilen soll, bereits als gegeben vorzufinden". Allein in ersterem Falle wird, juristisch betrachtet, nicht der Gewohnheitsrechtssatz mit Gesetzeskraft ausgestattet, sondern vielmehr, mit oder ohne Aufhebung des bisher geltenden Gewohnheitsrechts, formell neues gesetzliches Recht geschaffen,

charakter, aber es giebt ihn auch nothwendig allen, die als wahre Gesetzesbestimmungen gelten sollen. Der Indicativ, der im Texte unserer heutigen Gesetze üblich, ist also kein wahrer Indicativ, sondern dem Sinne nach ein Imperativ.

---

gleich wie etwa durch eine Codification zahlreiche ältere Einzelgesetze beseitigt werden, auch wenn sie wörtlich in das neue Gesetzbuch übergehen. In den Beispielen dagegen, die Laband für den zweiten Fall anführt, liegen theils überhaupt noch keine Rechtssätze vor, oder doch nur solche, deren rechtsverbindliche Kraft von der Kraft gesetzlich sanctionirter Rechtssätze verschieden ist, z. B. Rechtssätze, die als vertragsmäßige die contrahirenden Regierungen verpflichten, aber damit noch nicht schon innerhalb der betreffenden Staaten gelten. Daß indessen in der praktischen Hauptsache Laband selbst nichts anderes sagen will, als was ich ihm zugeben kann, entnehme ich aus seiner Schlußbemerkung S. 10, daß „der Effect der Uebereinstimmung von Mehrheitsbeschlüssen des Bundesraths und Reichstags zunächst nur die definitive Herstellung eines Gesetz-Entwurfs sei." Denn zur Schaffung von Rechtssätzen gehört eben mehr als die Aufstellung der Sätze, die Recht werden sollen. Kein Gewicht lege ich darauf, daß die Eingangsworte unserer Gesetze: „Wir, — verordnen" nicht erst im Sanctionsact hinzugefügt, sondern schon als zum Gesetzentwurf gehörig von unserer deutschen Gesetzgebungspraxis behandelt werden. Denn nothwendig durch unsere Verfassungen gefordert ist diese Praxis wohl nicht; die fraglichen Worte gehören jedenfalls nicht zum Gesetzesinhalt im Labandschen Sinne. Aber ebenso gewiß erhalten die diesen Inhalt bildenden Sätze ihren Charakter als Rechtssätze, genauer gesagt, als Gesetzesinhalt erst durch den hinzukommenden Gesetzesbefehl, der in jenen Eingangsworten vor allen Dingen zum Ausdruck gelangt. Ueber das, was Binding neuerdings gegen diese Auffassung bemerkt hat, s. den Excurs A im Anhange dieses Bandes, wohin auch die Polemik wider zahlreiche andere Einzeleinwendungen gegen die allgemeine imperativische Natur des Rechts zu verweisen ist.

Und wer der Sache auf den Grund zu gehen liebt, wird die gleiche Beobachtung an aller möglichen Gesetzgebung machen. Wo auch der einzelne Rechtssatz nicht schon seiner unmittelbaren Gestaltung nach, wie im jüdischen und älteren römischen, in den nordischen und altdeutschen Rechten, als Imperativ auftritt, da wird es dennoch niemals ganz an einer Eingangs- oder Schlußformel mangeln, durch welche dem fraglichen Inhalte der imperativische Charakter aufgedrückt wird. Fehlt aber wirklich solche Formel völlig oder läßt sich der darunter gehörige Inhalt nur theilweise mit ihrem Sinne vereinigen, so ist dies stets ein Beweis dafür, daß entweder gar kein Gesetz oder eine derartige Mischung von Satzung, Lehre, Erzählung vorliegt, daß eine sachliche Scheidung nur nach Gesichtspunkten erfolgen kann, die man bereits anderswoher gewonnen hat. Im ersteren Falle befinden sich ihrer ursprünglichen Bedeutung nach die sogen. Rechtsbücher des Mittelalters. Später vertritt bei ihnen zum Theil die Reception die Stelle der Sanction beim Gesetze. Wenn trotzdem gerade die wichtigsten darunter wenig oder gar nicht unter die zweite Kategorie zu rechnen sind, so mag man dies theils dem gesunden juristischen Sinne der germanischen Völker, theils der aus dem Gegensatze zum geistlichen Rechte sich von selbst ergebenden größeren Einschränkung des Stoffes, theils auch der hervorragenden persönlichen Bildung ihrer Verfasser zugute rechnen. Die meisten Beispiele für die zweite Kategorie bietet das Kirchenrecht, namentlich in einigen recipirten Rechtssammlungen, und in noch höherem Maße das mit der Religion fortgesetzt verquickte Recht der orientalischen Völker. Ich

will aus den Rechtsquellen der letzteren nur das von Vertretern der vergleichenden Rechtswissenschaft neuerdings vorzugsweise cajolirte sogen. Gesetzbuch Manu's nennen, das in der indischen Rechtsgeschichte ungefähr dieselbe Rolle spielt wie der Pseudo-Isidor in der Geschichte des canonischen Rechts.

Am meisten ist vielleicht der imperativische Charakter verhüllt in den modernen Staatsverträgen. Aber vorhanden ist er sicherlich auch hier. Es wird nicht leicht einem Juristen einfallen, Bestimmungen, die wirklich zum Inhalte einer Vereinbarung gehören, für bloße „Aussagesätze", für „Urtheile" im Sinne der Logik zu halten, wie sehr sie auch deren Form an sich tragen mögen*). Ueber Wahrheiten, oder mit anderen Worten darüber, was ist oder sein wird, schließt man keine Verträge, sondern einzig darüber, was für die Contrahenten als Norm des Handelns gelten soll. Auch der Indicativ im Texte unserer modernen Staatsverträge ist daher sachlich nichts anderes als ein Imperativ.

130. Die Anwendung des vorstehenden Ergebnisses auf

*) Daß es doch bisweilen vorkommt, kann ich freilich — zumal seit Zitelmanns Buch „Irrtum und Rechtsgeschäft" — nicht leugnen. Aber selbst Zitelmann wird Sätze, wie ich sie im vorliegenden Falle im Sinne habe, sich in ähnlicher Weise umdeuten, wie ich es im Folgenden thue; er wird z. B. zugeben, daß überall da, wo ein Vertrag, grammatisch angesehen, im Futurum spricht, dies so zu verstehen ist, als wenn statt „wird" ein „soll" zu lesen wäre. Die bis jetzt isolirt dastehende Ansicht Zitelmanns über die Bedeutung eines solchen „soll" werde ich später (§§ 254 ff.) im Zusammenhange mit seiner ganzen Theorie von den „juristischen Thatsachen" widerlegen.

die schon besprochenen besonderen Fälle ist unschwer zu machen. Ich beschränke mich daher auf den Nachweis, daß man auch von ganz anderem Ausgangspunkte aus zu dem gleichen Resultate gelangt.

Wenn Thon die gesetzliche Anerkennung eines „Dürfen", z. B. im Falle der Nothwehr, als Rücknahme oder Aufhebung gewisser Normen unter bestimmten Voraussetzungen, hier der Voraussetzung des rechtswidrigen Angriffs erklärt, so muß ich ihm im Allgemeinen zustimmen, obgleich ich in seinem Werke eine genügende Motivirung vermisse. Ihre eigentliche Begründung kann die gedachte Erklärung meines Erachtens nur finden in Erwägungen, wie sie u. A. im XI. Abschnitte unseres ersten Buches (§ 115, S. 157) gepflogen sind. Dort ist gezeigt worden, daß der Begriff des Sollens, des Gebots oder Verbots, aus dem des Dürfens nicht ableitbar, wohl aber die umgekehrte Ableitung möglich ist. Dürfen oder Erlaubtsein ist danach gar nichts anderes als Nichtverbotensein, oder, vielleicht noch correcter ausgedrückt, „nicht im Widerspruch mit Forderungen des Rechts sein"*). Ist dem aber so, dann kann ein Rechtssatz, dessen Bedeutung wahrhaft ein Erlauben oder Begründen eines Dürfen sein soll, in der That nur gedacht werden als ein solcher, der ein in Gedanken vorausgesetztes Gebot oder Verbot ganz oder theilweise verneinen, also, sofern ein solches

---

*) Siehe hierüber den ausführlichen Nachweis im Excurs A (im Anhang dieses Bandes): „Der Begriff des Dürfens und die Einwürfe gegen die allgemeine imperativische Natur der Rechtsnormen."

Gebot oder Verbot zur Zeit in Geltung ist, dasselbe ganz oder theilweise zurücknehmen soll.

Genau ebenso ist aber offenbar auch das Thonsche „Du kannst nicht“ zu erklären. Daß die Rechtsordnung dem menschlichen Willen nicht das Wollen und darum auch nicht unmittelbar das Handeln im natürlichen Sinne des Wortes abschneiden kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Was sie versagen kann — mehr behauptet auch Thon nicht — ist einzig der Eintritt gewisser Rechtsfolgen. Fragen wir nun aber, wie sie das fertig bringe, oder was es überhaupt heiße, den Eintritt gewisser Rechtsfolgen zu versagen, so ist die Antwort gegeben durch die von Thon selbst über den Zusammenhang der verschiedenen rechtlichen Imperative angestellten Erörterungen. Alle Rechtsfolgen beruhen hiernach auf dem Vorhandensein gewisser bedingter Imperative, die sofort wirksam werden, wenn die mitgesetzte Bedingung eingetreten ist. Wenn nun z. B. ein Rechtssatz an jedes angenommene Versprechen das Gebot knüpft: „Du sollst dem Versprechen gemäß handeln“, wenn sodann weitere Rechtssätze für den Fall, daß der Versprechende seiner Pflicht nicht nachkommt, Normen für staatliche Gerichte constituiren, nach denen sie dem Berechtigten gegen den Nichtleistenden ihre Hülfe gewähren sollen u. s. w., so bestehen die oben angeführten Rechtssätze: „Schenkungsversprechen zwischen Ehegatten sollen nicht binden“, „Frauen sollen durch Bürgschaftsversprechen nicht verpflichtet werden“, offenbar auch in nichts anderem, als in einer partiellen Rücknahme oder, allgemeiner ausgedrückt, in einer partiellen Verneinung der zuerst erwähnten Normen.

Zu prüfen ist also einzig und allein: Wie ist die rechtsgültige Verneinung einer Norm möglich?*)

Nun kann ich nicht leugnen, daß es eine Art rechtsgültiger Verneinung gibt, bei welcher gar kein neuer Rechtssatz entsteht: die einfache Nicht-mehr-Anerkennung einer Norm, im praktischen Leben und der bisherigen juristischen Doctrin bekannt als Entwöhnung, desuetudo. Aber jedenfalls ist diese Art — zumal in der Gegenwart — die weitaus seltenste; in den meisten Fällen, insbesondere überall, wo es um eine ausdrückliche z. B. gesetzliche Verneinung sich handelt, erfolgt diese durch Setzung einer neuen Norm.

Und zwar ist solche in zweifacher Weise denkbar. Die neue Norm kann ein der alten Norm conträr entgegengesetztes „Du sollst" aussprechen. So gebieten die Militärgesetze dem Soldaten unter gewissen Voraussetzungen zu tödten; so gebieten die Proceßordnungen gewissen Staatsbeamten unter gewissen Voraussetzungen fremde Sachen weg-

*) Daß es überdies zahllose Fälle giebt, in denen eine Norm ihre verbindliche Kraft verliert, ohne daß es überhaupt einer Verneinung (Rücknahme, Aufhebung) bedarf, nämlich zufolge ihrer eigenen Beschaffenheit, kommt hier natürlich ganz und gar nicht in Betracht. So versteht sich von selbst, daß eine für einen einzelnen Fall gegebene Norm ihre Geltung verliert, sobald sie vollständig befolgt worden ist, daß eine für eine bestimmte Zeit aufgestellte Norm („bis zu dem und dem Zeitpunkt soll das und das gelten!") mit dem Eintritte des Endtermins dahinfällt u. s. w. Allenfalls könnte man in solchen und ähnlichen Fällen von einer Selbstverneinung (Selbstaufhebung) der Normen reden; der Ausdruck dürfte jedoch eher irreführend als nutzbringend sein.

zunehmen bez. Wegnahme anzuordnen u. dgl. m. Andererseits kann sich die Norm — und von dieser Art waren die oben erörterten Fälle — begnügen, auszusprechen, daß die alte Norm im ganzen Umfange oder doch in bestimmten Beziehungen resp. für einen bestimmten Fall nicht mehr gelten soll. Wahre Normen liegen aber nicht nur im ersten, sondern in beiden Fällen vor; ein Gesetzes- oder Vertragssatz, der eine Norm zu beseitigen vermöchte, aber nicht selbst Norm wäre, ist contradictio in adjecto.

II.

131. In den vorausgehenden Auseinandersetzungen ist bereits von mir zugestanden worden, daß die Anerkennung des gesammten Rechts jeder Gemeinschaft als eines Inbegriffs von Normen oder Imperativen durchaus nicht die Annahme verschiedener Normenarten ausschließt. Aber aus eben diesen Auseinandersetzungen geht auch schon hervor, daß ich der z. B. verbreitetsten, von Thöl (Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §§ 33—36) am gründlichsten entwickelten Eintheilung der Rechtssätze in „berechtigende, verneinende und begriffsentwickelnde" höchstens dem Wortlaute, keinesfalls aber dem Sinne nach zuzustimmen vermag.

Fürs erste folgt aus § 130 (bez. Excurs A), daß die „erlaubenden" Rechtssätze nicht mit den „gebietenden" und „verbietenden" zusammen in die erste Klasse, wie die herrschende Meinung mit Thöl annimmt, sondern vielmehr nebst den verneinenden im Sinne Thöls in die zweite Classe gehören, da auch das Wesen der erlaubenden Rechtssätze in der (totalen oder partiellen) Verneinung anderer (wenn auch möglicherweise bloß in Gedanken angenommener)

Normen besteht*). Wird aber demgemäß der Ausdruck „berechtigende Rechtsätze" auf die „gebietenden und verbietenden" beschränkt, so erscheint er überhaupt überflüssig; ganz davon zu geschweigen, daß dann die Bezeichnung „verpflichtende Rechtssätze" mindestens ebenso nahe liegen würde.

132. Will man ferner den Ausdruck „verneinende Rechtssätze" als specielle Bezeichnung derjenigen Rechtssätze festhalten, welche Thöl so benennt**), so würde man sie, streng genommen, als verneinende im engeren Sinne zu kennzeichnen haben. Indessen habe ich auch gar nichts einzuwenden, wenn man den Zusatz regelmäßig wegläßt und auf eine gemeinsame Bezeichnung der beiden Unterarten

*) Dabei setze ich natürlich voraus, daß der allgemein gebrauchte Ausdruck „erlaubende Rechtssätze" nur diejenigen Rechtssätze umfaßt, deren Inhalt im Erlauben vollständig aufgeht. Von selbst versteht sich, daß „erlaubt" (= „nicht verboten") stets auch dasjenige sein muß, was „geboten" ist; aber das Erlaubtsein ist in diesem Falle nichts neben dem Gebotensein, sondern geht unter in dem letzteren. Vgl. oben § 130 a. E. und Theil I, § 115 a. E.

**) Indem ich von den Rechtssätzen rede, die Thöl „verneinende" nennt, halte ich mich allerdings mehr an seine wirkliche, namentlich in den Beispielen kundgegebene Intention, als an seine Definition. „Rechtssätze, welche bestimmen, daß an einen Thatbestand ein subjectives Recht sich nicht anschließe", sind in Wahrheit nicht bloß diejenigen, welche Thöl „verneinende" nennen will; dieselbe Definition paßt auch auf erlaubende Rechtssätze, sofern nämlich nur das „Recht, das sich nicht anschließen soll", ein Nichtthun oder Unterlassen zum Inhalt hat. Im Uebrigen ist die Definition auch darum für uns nicht brauchbar, weil sie den Begriff des subjectiven Rechts als schon bekannt voraussetzt, während wir diesen erst noch festzustellen haben. Daß es übrigens auch sonst methodisch verfehlt erscheint, diesen Begriff zur Beurtheilung der formalen logischen Natur des Rechts zu benutzen, darüber vgl. Excurs A (im Anhange dieses Buches).

der zweiten Classe vollständig verzichtet, gleichwie ich das soeben inbetreff der beiden Unterarten der ersten Classe gethan habe. Ja, ich halte das für um so angemessener, als der Unterschied zwischen den erlaubenden Rechtssätzen und den verneinenden im engeren Sinne genau entspricht dem Unterschiede zwischen verbietenden und gebietenden. Gleichwie nämlich der Inhalt einer erlaubenden Norm die Negation eines Verbots ist (§ 130), so bildet den Inhalt einer verneinenden Norm im engeren Sinne die Negation einer positiv gebietenden Norm. Speciell die durch einen Rechtssatz ausgesprochene Ausschließung gewisser sonst an einen Thatbestand geknüpfter Rechtsfolgen für bestimmte besondere Fälle ist nur eine Hauptform der partiellen Verneinung einer positiv gebietenden Norm. Für durchaus verfehlt halte ich dagegen die Eintheilung der verneinenden Normen (im engeren Sinne) in absolut und relativ verneinende. Es giebt keinen Rechtssatz, der absolut jede andere Rechtsnorm verneinte, insbesondere auch keinen, der absolut jede Rechtsfolge ausschlösse und nicht vielmehr stets nur die Wirksamkeit bestimmter anderer Rechtsnormen, den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen. Wenn das Gesetz ein Rechtsgeschäft, z. B. einen Darlehnsvertrag, eine Schenkung, eine Eheschließung, ein Testament u. s. w. unter bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen für nichtig erklärt, so bestimmt es nicht mehr und nicht weniger, als daß unter den angenommenen Voraussetzungen bestimmte andere Rechtsnormen nicht Platz greifen, bestimmte Rechtsfolgen, die sonst an den betreffenden Thatbestand geknüpft sind, nicht eintreten sollen.

Ob daneben auch noch andere Rechtsfolgen möglich sind oder nicht, ist für die Natur des verneinenden Rechtssatzes selbst gleichgültig. Ein relativ verneinender Rechtssatz, der nicht nur den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge verneinen, sondern zugleich gewisse andere Rechtsfolgen an eben denselben Thatbestand knüpfen wollte, wäre in Wahrheit nicht sowohl ein Rechtssatz, als vielmehr ein Conglomerat von mehreren.

133. Zum dritten habe ich auch eine kleine Verwahrung bezüglich der „begriffsentwickelnden Rechtssätze" einzulegen. Dieselben können sich nicht bloß, wie man namentlich aus der Erklärung Windscheids (Pandecten, § 27, S. 67 der 4. Aufl.) schließen möchte, auf gebietende, verbietende und vielleicht noch erlaubende Rechtssätze beziehen, sondern ebensowohl auch auf verneinende (im engeren Sinne), sowie auf andere begriffsentwickelnde. Auch halte ich es nach dem gegenwärtigen Stande der Ansichten über die allgemeine Natur der Rechtssätze noch nicht für ganz unzweideutig, zu sagen: Rechtssätze, die näher bestimmen, was in einem anderen Rechtssatze „ausgesprochen worden ist". Sie bestimmen vielmehr, wie gewisse Begriffe oder Redewendungen in gewissen anderen Rechtssätzen aufgefaßt werden sollen*). Und zwar haben sie ausschließlich diese

*) Es handelt sich hier im Wesentlichen um den Unterschied zwischen der philologischen Erklärung eines Wortes und der eigenen Erklärung eines Schriftstellers, „dieses Wort solle in dem betreffenden Satze oder überall, wo es in dem betreffenden Buche gebraucht wird, das und das bedeuten". Schon der Umstand, daß die Kategorieen „wahr" und „falsch" zwar auf die erstere, die philologische Erklärung,

Aufgabe; jede Ausdehnung des Titels „begriffsentwickelnder Rechtssatz" auf solche Rechtssätze, die nebenbei einen ähnlichen Zweck haben, macht die ganze Unterscheidung zu einer sinnlosen *).

nicht aber auf die zweite, die eigene Erklärung des Schriftstellers, anwendbar sind, muß jeden Denkenden darauf hinweisen, daß die innere Natur beider Erklärungen eine grundverschiedene ist. Die erstere ist offenbar Ausdruck einer Ansicht, die sich der Prüfung nicht entziehen darf, die zweite ist Ausdruck einer Forderung, eines Imperativs an die Leser, die gebrauchten Worte in dem Sinne zu nehmen, wie es der Schriftsteller wünscht, gleichviel, ob dies sprachlich gerechtfertigt werden kann oder nicht. Auf dieser zweiten Stufe stehen nun sämmtliche „Erklärungen von Worten, Begriffen, Sätzen" u. s. w., so sich in Gesetzen finden. Der einzige Unterschied von der Erklärung des einfachen Schriftstellers über den eigenen Sprachgebrauch besteht darin, daß der letzteren nur eine literarische Anstandspflicht, der „Erklärung" des Gesetzgebers aber genau dieselbe Rechtspflicht entspricht, welche überhaupt den Rechtsgenossen dem Gesetze gegenüber obliegt. Übrigens behaupte ich keineswegs, daß dies bisher allgemein verkannt sei, sondern halte nur für zweckmäßig, den zweideutigen Ausdruck durch einen unzweideutigen zu ersetzen, wie im Texte geschehen.

*) Ein sehr interessantes Beispiel hierfür liefert die Behauptung Thons (S. 10, Anm. 26), sämmtliche Strafsatzungen seien begriffsentwickelnde Rechtssätze, „dazu gegeben, die unbekannte Größe des Rechts, nach welchem der Richter erkennen soll, in einzelne bekannte Größen aufzulösen". Denn in ganz demselben Sinne wären offenbar alle Rechtssätze begriffsentwickelnd, weil „die unbekannte Größe des Rechts in einzelne bekannte Größen auflösend". — Ich täusche mich wohl kaum, wenn ich annehme, daß Thon in Wahrheit an das Verhältniß der Subsumtion resp. Subordination gedacht hat, wo er von Begriffsentwickelung spricht. Denn so gewiß die Strafsatzungen, einzeln oder zusammengenommen, gar nicht den Zweck haben, geschweige ausschließlich solchen Zweck haben, den Begriff des vom Richter anzuwendenden Rechts zu entwickeln, so

134. Es ist vielleicht nicht überflüssig, zu bemerken, daß auch die nach §§ 131 ff. corrigirte Eintheilung der Rechtssätze hauptsächlich nur Platz greift auf dem Gebiete des geschriebenen oder doch ausdrücklich gesetzten Rechts. Die Bildung von erlaubenden und verneinenden, sowie von begriffsentwickelnden Rechtssätzen beruht wesentlich auf dem Bedürfniß sprachlich angemessener, die Uebersicht über das Rechtsgebiet möglichst erleichternder Gestaltung der Rechtssätze. Man könnte, wenn es sein müßte, die begriffsentwickelnden und die erlaubenden oder verneinenden Rechtssätze, wie sie in jedem längeren Gesetze neben den gebietenden und verbietenden sich finden, allenfalls dadurch ersetzen, daß man in jedem der letzteren, auf den sie sich beziehen, entweder

---

gewiß sind sie zu subsumiren unter die gesetzlichen Vorschriften über strafrichterliche resp. staatsanwaltliche Amtspflichten und mit diesen zugleich subordinirt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Gehorsam gegen die Gesetze. Aber je mehr ich Werth lege auf die Beachtung solcher Verhältnisse der Subordination oder Subsumtion der verschiedenen Normen und Normengruppen, um so entschiedener muß ich vor einer Hereinziehung derselben in die gegenwärtige Erörterung über Arten der Rechtsnormen warnen. Nur darauf mag billig hingewiesen werden, daß subordinirte oder subsumirte Rechtssätze niemals zugleich begriffsentwickelnde in Beziehung auf die ihnen superordinirten oder supersumirten sein können. Denn Arten und Individuen im Verhältniß zur Gattung oder gar zu einem bloßen Sammelbegriff — und auf diese beiden Verhältnisse ist doch auch dasjenige der subordinirten und subsumirbaren zu den superordinirten und supersumirten Rechtssätzen zurückzuführen —, sind immer einerseits mehr, anderseits weniger als Gattung oder Sammelbegriff, niemals aber eine bloße schärfere Bestimmung dieser selbst. Im Uebrigen verweise ich bezüglich der Unterscheidung von coordinirten, subordinirten und subsumirbaren Normen auf Th. I, §§ 81 ff.

ein „d. h." oder ein „sofern nicht" aufnimmt. Und ebenso könnte man, wenn ein bereits geltender Rechtssatz ganz oder theilweise beseitigt oder seine Voraussetzungen näher bestimmt werden sollen, die Formulirung von zurücknehmenden und begriffsentwickelnden Rechtssätzen dadurch vermeiden, daß man für den ganzen betreffenden Gegenstand völlig neue Rechtssätze aufstellt. Ja, bei größeren Umgestaltungen empfiehlt sich sogar öfters der letztere Weg wirklich, und nur um Zweifeln vorzubeugen wird in das neue Gesetz meist auch noch ein Satz aufgenommen, der die alten Bestimmungen ausdrücklich für aufgehoben erklärt. In der Regel jedoch ist dies Verfahren viel zu schwerfällig; zumal die Hineinziehung aller näheren Begriffsbestimmungen und Ausnahmen in jeden einzelnen gebietenden oder verbietenden Rechtssatz, gleichviel ob diese Begriffsbestimmungen und Ausnahmen nur für ihn oder vielleicht noch für tausend andere gebietende Rechtssätze Platz greifen, würde nicht bloß jeden einzelnen Rechtssatz zu einem sprachlichen Monstrum, sondern zugleich das Recht als Ganzes völlig undurchsichtig machen. Darum — aber im letzten Grunde auch nur darum — die Ausscheidung der lästigen Bestandtheile und Formulirung der ausgeschiedenen Voraussetzungen und Begriffsbestimmungen zu besonderen Rechtssätzen.

Was hiernach gleichmäßig die erlaubenden, verneinenden und begriffsentwickelnden Rechtsätze von den gebietenden und verbietenden scheidet, ist ihre schlechthinnige Unselbständigkeit. Ihr reeller Werth geht vollständig darin auf, daß sie andere Rechtssätze modificiren, sei es erweitern, sei es beschränken oder auch vollständig aufheben.

Ich betone: ihr reeller Werth. Daß eine gewisse formale Bedeutung selbst solchen Normen zukommt, welche Gebote oder Verbote negiren, die gar keine rechtliche Geltung haben, soll nicht geleugnet werden. Es kann sogar ganz zweckmäßig sein, wenn ein Rechtssatz ausdrücklich ein Verbot verneint, das bisher noch gar nicht bestand, oder eine Rechtsfolge ausdrücklich ausschließt, die noch gar kein wirklich geltender Rechtssatz mit dem betreffenden Thatbestande verknüpft hatte. Aber irgendwelche Änderung in dem bezüglichen Rechtsgebiete wird durch die Schöpfung von Rechtsnormen der letztgedachten Art so wenig herbeigeführt, wie durch begriffsentwickelnde Rechtssätze, welche sich auf Begriffe beziehen, die in keinem geltenden Rechtssatze vorkommen. Erst dann erlangen diese Rechtssätze reelle Bedeutung, wenn überdies auch andere Rechtssätze Geltung erlangen, auf welche sie bezogen werden können und zu denen sie sich dann eo ipso als modificirende verhalten.

135. Anderseits muß ich wiederholen: Auch die erlaubenden, verneinenden und begriffsentwickelnden Rechtssätze — wo sie immer als solche einmal vorkommen — sind wahre Normen (Imperative). Nur lautet die Norm hier nicht direct: „Ihr sollt so und so handeln", oder „Ihr sollt das und das unterlassen", sondern etwa folgendermaßen: „Ihr sollt den und den Rechtssatz als aufgehoben anerkennen"; „Ihr sollt wissen und beachten, daß gewisse Normen (Gebote, Verbote) für die und die Fälle nicht gelten"; „Ihr sollt wissen und beachten, daß bei dem Worte .... an das und das zu

denken ist, daß zu einem .... das und das gehört" u. s. w.*)

Daraus folgt aber zugleich, daß der Ausdruck „gebietende und verbietende Rechtssätze" kein völlig correcter Ausdruck für eine oder zwei Arten von Rechtssätzen im Gegensatz zu noch anderen Rechtssätzen ist. Welche Rechtssätze damit gemeint sind, ist freilich bisher wohl niemals zweifelhaft gewesen, und ich habe daher auch gar keinen Grund, auf eine andere Terminologie zu bringen. Aber der wesentliche Unterschied derselben, insbesondere der ge-

*) Einen eigenthümlichen Beleg dafür, daß auch die erlaubenden, verneinenden, begriffsentwickelnden Rechtssätze Imperative sind, liefert die Thatsache, daß die gesammte theoretische und praktische Jurisprudenz gar nicht bestreitet, daß auch diese Rechtssätze verletzt oder übertreten werden können. Freilich kommen als Verletzer von verneinenden und erlaubenden Rechtssätzen nur selten die in Betracht, an welche die partiell zurückgenommenen gebietenden Rechtssätze sich richteten, oder m. a. W. diejenigen, zu deren Gunsten die Erlaubniß resp. Nichtigkeitserklärung ertheilt wurde; denn eine bloße Nichtanwendung oder nicht richtige Anwendung der Erlaubniß oder Nichtigkeitserklärung seitens dessen, dem erlaubt u. s. w. wurde, wird niemals als eine Verletzung oder Uebertretung der erlaubenden resp. verneinenden Norm selbst angesehen werden können, soweit solche nicht implicite zugleich eine Forderung, ein Gebot enthält. Indem man aber zugibt, daß die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung einer solchen erlaubenden oder verneinenden Norm, z. B. der Norm über Nothwehr, seitens des Richters eine Verletzung dieser Rechtsnorm selbst sei, wie dies beispielsweise unsere deutschen Justizgesetze (vgl. insbes. die Motive zu C.-P.-O. 512 und Str.-P.-O. 376, vb. E. G. z. C.-P.-O. 12 u. z. Str.-P.-O. 7) zweifellos thun, wird eben damit das Vorhandensein eines Imperativs in den betreffenden Normen, wie er im Text kurz charakterisirt ist, bewußt oder unwillkürlich anerkannt.

bietenden Rechtssätze im engeren Sinne gegenüber den erlaubenden, verneinenden und begriffsentwickelnden besteht nicht darin, daß sie überhaupt etwas gebieten, sondern vielmehr darin, daß sie selbständige oder doch relativ-selbständige Gebote sind. Das will sagen: Ihre Bedeutung geht niemals in der Beziehung auf andere Normen auf, wie dies bei den erlaubenden, verneinenden und begriffsentwickelnden der Fall ist, welche wir darum in § 134 als schlechthin unselbständige bezeichnen mußten. Anderntheils ist mit dem Zusatz „relativ" angedeutet, daß innerhalb eines größeren Complexes von Rechtssätzen, zumal innerhalb eines zum größeren Theile geschriebenen Rechts, wie es bei juristischen Erörterungen in der Regel vorausgesetzt wird, kein Rechtssatz als völlig für sich alleinstehend zu erachten ist. Ob im Uebrigen diese Relativität aus dem Inhalt oder gar schon aus der Form der einzelnen Rechtsnormen erkennbar ist (wie namentlich bei allen Normen, die erst für den Fall der Verletzung anderer gegeben sind), oder nur aus der Gesammtanschauung eines ganzen Rechtssystems heraus, bleibt für die Sache selbst gleichgültig.

III.

136. Wenn ich der *Eintheilung* der Rechtsnormen eine besondere Auseinandersetzung gewidmet, die den Meisten recht unergiebig dünken mag, so habe ich mir keineswegs verhehlt, daß damit unmittelbar für die Begriffsbestimmung vom *subjectiven* Rechte noch nicht viel mehr gewonnen ist, wie schon mit der Constatirung der allgemeinen imperativischen Natur alles Rechts im objectiven Sinne. Wohl dürfen wir vorläufig mit der gesammten Rechtswissenschaft annehmen, daß der Begriff des Rechts im subjectiven Sinne in irgendwelcher nothwendigen Beziehung steht zum Begriff des objectiven Rechts, und der Verschiedenartigkeit des letzteren auch eine Verschiedenartigkeit bezüglich der subjectiven Rechte entsprechen wird. Denn so verkehrt es auch ist, aus zwe Begriffen, die sich unter einem und demselben Ausdrucke bergen, einen einzigen *Begriff* machen zu wollen, wie es einem geistvollen Vertreter der Staatswissenschaften unserer Tage bei Erörterung des Rechtsbegriffs widerfahren ist, so gewiß läßt die gleiche Bezeichnungsweise, verbunden mit der Unterscheidung einer objectiven und einer subjectiven Bedeutung, *vermuthen*, daß die beiden Begriffe nichts anderes

sind, als zwei von verschiedenen Standpunkten aus gewonnene Ansichten derselben Sache. Jedoch aus dem Normbegriffe allein, als dem höheren Gattungsbegriff, dem der Rechtsbegriff untergeordnet erscheint, oder aus Verschiedenartigkeiten innerhalb des Rechts im objectiven Sinne, wie sie im zweiten Abschnitte dieses Buches zur Sprache gekommen sind, unmittelbar auf den Begriff des subjectiven Rechts zu schließen, wäre ein völlig unzulässiges Beginnen.

137. Andererseits ist uns der Weg vom objectiven Rechte zu dem Begriffe des subjectiven Rechts deutlich gewiesen durch die früheren Untersuchungen über die differentia specifica der Rechtsnormen im Gegensatze zu anderen Normen.

Was eine Norm zur Rechtsnorm macht, ist nach den ausführlichen Darlegungen des ersten Buches die Anerkennung derselben als Gemeinschaftsnorm seitens der Gemeinschaftsglieder. Speciell auf das staatliche Recht angewandt, erschien uns danach als Recht im objectiven Sinne Alles, was als Norm des staatlichen Zusammenlebens anerkannt ist seitens der Staatsgenossen. Jede Anerkennung als Gemeinschaftsnorm hat nun aber, wie früher bemerkt, einen zweifachen Inhalt, je nachdem der Anerkennende die Norm auf sich oder auf die mitanerkennenden Genossen bezieht. In der ersteren Weise angesehen, erscheint sie als Anerkennung der Pflicht zur Befolgung. In der zweiten Weise angesehen, erscheint sie theils als Anerkennung eines Anspruchs der mitanerkennenden Genossen, theils als Anspruch des Anerkennenden selbst auf Befolgung seitens jedes andern Gemeinschaftsgenossen, an welchen die Norm

sich sonst noch richtet. So steht denn jeder Pflicht, die aus irgend einer vom Verpflichteten als Gemeinschaftsnorm anerkannten Norm sich ergiebt, nothwendig ein Anspruch des oder der anderen Gemeinschaftsgenossen gegenüber.

138. Nur eine wichtige Erläuterung, oder, wenn man lieber will, Correctur habe ich diesen wörtlich aus Theil I, § 106 entlehnten Sätzen jetzt hinzuzufügen; sie ergiebt sich von selbst aus den Ausführungen des vorigen Abschnitts. Was nämlich in den letzten Sätzen des § 137 von jeder Norm gesagt ist, gilt im vollen Sinne bloß von jeder (relativ) selbständigen Norm (§ 135). Aus einer ausschließlich modificirenden Norm kann natürlich auch immer nur eine Modification von Pflichten und Ansprüchen folgen, welche relativ selbständigen Normen entsprechen, nicht aber eine besondere Pflicht und ein besonderer Anspruch. Die ganze folgende Entwickelung setzt diese beschränkende Bemerkung als einen ständigen Vorbehalt voraus, wenn von Normen schlechtweg (ohne Zusatz) die Rede ist.

139. Beginnen wir diese weitere Entwickelung mit derjenigen Seite der Sache, der wir bereits im ersten Buche näher getreten sind, mit dem Begriff der Pflicht.

Die Pflichtvorstellung entsteht, indem Jemand eine an ihn sich richtende Norm als bindend, d. h. eben als Norm für seinen Willen ansieht (§ 115). „Pflichtbewußtsein“ und „sich gebunden wissen an eine Norm“ ist ein und dasselbe*).

*) Wo jeder Pflichtgedanke fehlt, da ist das ein Beweis, daß auch nicht von wahrer Normenanerkennung die Rede sein kann. Hieraus

Die nothwendige Consequenz aber ist: Pflicht ist nichts anderes als Gebundensein an eine Norm.

---

folgt von selbst die Richtigkeit des Zweifels, den Bernhöft in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft (Bd. II, S. 10, Anm. 7) gegen meine vermeintliche Ansicht erhoben hat. Ueberhaupt scheint Bernhöft meine Erörterungen nur sehr flüchtig überlesen zu haben. Schreibt er mir doch gleichzeitig einen Begriff von „Sitte" zu, der in Wahrheit im directen Widerspruch mit dem meinigen steht; die von mir in Th. I, S. 150 gegebene Begriffsbestimmung wird von ihm einfach übergangen und statt dessen eine Bemerkung auf S. 151, die sich ganz unzweideutig nur auf gewisse Arten von Sitte bezieht, zu einer Begriffsbestimmung der Sitte schlechthin umgestempelt. Daß ich insbesondere auch das Gewohnheitsrecht und damit die obersten grundlegenden Bestandtheile einer jeden Rechtsordnung als eine Art der Sitte bezeichnet habe, ist ihm völlig entgangen. Aehnliches muß ich von A. Merkel voraussetzen, der in Grünhut's Zeitschrift (Bd. VI, S. 374) kurzweg behauptet, die Unmöglichkeit einer Ansicht, die das Wesen des Rechts in gemeinsamer Normenanerkennung suche, folge schon aus einer Vergleichung von Recht und Sitte. Wenn übrigens A. Pernice (Grünhuts Zeitschr., Bd. VII, S. 474), dem ich selbstverständlich den vorerwähnten Vorwurf nicht mache, die Meinung ausspricht, die Unterscheidung zwischen Recht und Sitte falle — mindestens dem Sprachgebrauche nach — mit der Beseitigung des Zwanges als unterscheidenden Merkmals der rechtlichen Ordnung, so würde daraus jedenfalls nichts gegen meine Meinung über das Verhältnis von Recht und Sitte folgen. Genau betrachtet trifft aber auch die Behauptung Pernices, daß das Zwangsmoment dem Sprachgebrauche nach bisher ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Recht und Sitte gebildet habe, aus doppeltem Grunde nicht zu. Einerseits bemerkt Pernice selbst gelegentlich, daß die manus injectio, also eine sehr energische Zwangsmaßregel zur Geltendmachung von Rechten, zunächst schon von der Sitte gebilligt worden sei, ehe sie in der Zwölftafelgesetzgebung specieller geregelt wurde, — Beweis genug, wenn es überhaupt eines solchen bedarf, daß auch die Rechtssitte Zwangsmaßregeln kennt. Andererseits aber gibt es in unseren heutigen Staatsgesetzen eine Fülle von Rechtsforderungen, hinter denen keine

Sehen wir zunächst davon ab, diese Begriffsbestimmung ausschließlich für die *Rechts*pflicht zu verwenden, so liegt vielleicht die Frage nahe, ob Jemand auch an Normen gebunden sein kann, die er selbst nicht als für sich bestimmend anerkennt. Die Frage wird gerade von ernster Denkenden öfters bejaht werden, aber mehr aus einer gewissen vagen Furcht vor einem in der That bedenklichen Individualismus, als aus zureichenden Gründen. Wer gewisse Normen gar nicht als bindend für sich anerkennt, — auch nicht indirect, indem er andere anerkennt, welche die Beobachtung der ersteren fordern, — *muß* von seinem Standpunkte aus mit *logischer* Nothwendigkeit das Vorliegen einer Pflicht leugnen. Wer dagegen das Verpflichtetsein Anderer behauptet, wo diese es leugnen, folgert entweder einseitig vom Standpunkte seiner eigenen Anerkennung aus, oder setzt voraus, daß jene Anderen, ohne es zu wollen, in Wahrheit doch die fraglichen Normen wenigstens indirect anerkennen, bez. gar nicht anders können.

Wie man sich indessen auch zu der angeregten Frage im allgemeinen stellen mag, für den Begriff der *Rechtspflicht* ist sie eine müßige. Denn nach den früheren Erörterungen ist ja die Anerkennung als Norm für das Zu-

---

Zwangsandrohung steht. Ich erinnere an die Bestimmungen der Justizgesetze, welche sich an das pflichtmäßige richterliche Ermessen wenden, an die gesetzlichen Pflichten der Monarchen, der Mitglieder der gesetzgebenden und sonstigen Wahlkörperschaften, n. s. w. Es wird sich aber schwerlich behaupten lassen, daß *der Sprachgebrauch* in diesen Gesetzesvorschriften *keine* Rechtsbestimmungen anerkenne.

sammenleben und zwar seitens aller, deren Zusammenleben sie regeln soll, das constituirende Moment in jeder Rechtsnorm; ein Gebundensein an Rechtsnormen ohne jegliche Anerkennung des Verpflichteten wäre also contradictio in adjecto. Fügen wir insbesondere in Gedanken hinzu, was wir über die *indirecte* Anerkennung subordinirter resp. subsumirbarer Normen dargelegt haben*), so dürfen wir unbedenklich die „Rechtspflicht" als das *Gebundensein an eine Norm* definiren, *bestehend in der Anerkennung derselben als Gemeinschaftsnorm* (bez. hervorgehend aus der Anerkennung einer ihr superordinirten oder doch supersumirten Norm), — speciell *auf das staatliche Recht angewandt*, als das Gebundensein an eine Norm, beruhend auf der Anerkennung derselben bez. einer superordinirten oder doch supersumirten Norm *als Norm des staatlichen Zusammenlebens*.

140. Bei dieser Definition ist allerdings ein nicht unerhebliches Moment mehr vorausgesetzt als ausgesprochen. Möglich ist es ja, daß ein Einzelner sich gewisse Normen für das Zusammenleben mit Anderen setzt, ohne diesen Anderen einen Anspruch auf Befolgung zuzuerkennen; möglich, daß gewisse Personen sich in derselben Weise zufällig gleichartige Normen für ein gewisses Zusammenleben setzen, aber ohne irgendwie — auch nur indirect — die Befolgung derselben seitens Anderer für sich in Anspruch zu nehmen oder umgekehrt Anderen einen solchen Anspruch auf Befol-

*) Theil I, §§ 79—100, insbesondere §§ 82 und 99. Ueber einige Einwendungen gegen meinen Begriff der Anerkennung, namentlich der indirecten Anerkennung, s. den Excurs B am Ende dieses Buches.

gung zuzuerkennen. In solchen Fällen kann von einer Rechtsnorm und demgemäß auch von einer Rechtspflicht noch nicht die Rede sein. Keine Rechtspflicht ohne einen zugleich vorausgesetzten Rechtsanspruch.

Ganz abgesehen indessen davon, daß die zuletzt berührten Fälle jedenfalls nur als Ausnahmen, vielleicht gar nur als völlig müßige Annahmen zu betrachten sind, muß zur Klarstellung der Sache die einfache Bemerkung genügen, daß überall in unseren Untersuchungen, auch wenn der Zusatz „seitens der Genossen" nicht besonders gemacht ist, und so insbesondere auch in der obigen Definition, unter „Anerkennung als Gemeinschaftsnorm" stets zu verstehen ist die Anerkennung von Genossen als Genossen und gegenüber Genossen. Denn so verstanden, d. h. in Beziehung auf die ganze Gemeinschaft, die ganze Zahl der Genossen gedacht, die am Zusammenleben theilnehmen, folgt eben aus jeder Anerkennung als Gemeinschaftsnorm nicht nur eine Rechtspflicht zur Befolgung, sondern auch ein Anspruch auf Befolgung.

141. Was in den bisherigen Erörterungen mit der Bezeichnung „Anspruch" oder genauer „Anspruch auf Beobachtung einer Norm" gemeint ist, wird kaum mißverstanden werden können. Jedoch gegenüber der Thatsache, daß derselbe Ausdruck neuerdings bisweilen in beschränkterer Bedeutung gebraucht, ja sogar als technischer Ausdruck empfohlen worden ist, mag es zweckmäßig sein, hierbei noch einen Augenblick zu verweilen. Nicht um zu erörtern, ob oder inwieweit auch der vorgeschlagene beschränktere Gebrauch (namentlich zur Bezeichnung der „Möglichkeit der Rechts-

verfolgung") sich aus Gründen der Sprache oder juristischen Technik rechtfertigen lasse; eine terminologische Polemik dürfte, darin stimme ich Degenkolb (Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1878, S. 56) vollkommen bei, wenn auch nicht immer, so doch in diesem Falle äußerst unfruchtbar sich erweisen. Es genüge eine kurze Rechtfertigung meines eigenen Sprachgebrauchs.

„Ansprechen" ist ursprünglich so viel wie „anreden" und demgemäß „Anspruch" zunächst „Anrede", allocutio, (vgl. Grimms Wörterbuch I, S. 467 und 471). Als eine engere Bedeutung ergiebt sich hiernach von selbst die imperativische Anrede, das Ansprechen mit einem „Du sollst", mit einer Norm. Wird diese Norm nun von dem Angesprochenen anerkannt als Norm eines (auch nur vorübergehenden) Zusammenlebens mit dem Ansprechenden, oder ist dieselbe einer schon vorher von beiden Theilen anerkannten Gemeinschaftsnorm subordinirt oder doch subsumirbar, so haben wir bereits den Anspruch im rechtlichen Sinne. In eben diesem Sinne habe ich bisher von Anspruch (Rechtsanspruch) geredet, nur mit einer nothwendigen, leicht erklärlichen Erweiterung. Ich nenne nämlich auch Anspruch (Rechtsanspruch) dasjenige noch unerkannte Verhältniß von Person zu Person, welches, ins Bewußtsein erhoben und zum Ausdruck gebracht, sich darstellen muß als ein Ansprechen mit oder auf Grund einer von beiden Theilen anerkannten Gemeinschaftsnorm. Uebrigens steht diese Erweiterung im Einklang mit dem modernen Sprachgebrauch; es bezweifelt Niemand, daß man Ansprüche haben kann, auch ohne die Verpflichteten wirklich anzusprechen, ja selbst

ohne sich der Möglichkeit eines solchen Ansprechens bewußt zu sein*).

142. Sind die Ausführungen über die nothwendige Correlation von Rechtspflicht und Rechtsanspruch ebenso richtig, als sie unvermeidliche Consequenzen meiner Theorie vom positiven Rechte sind, so müssen bei jeder Rechtsnorm (will sagen [§ 138] bei jeder relativ selbständigen Rechtsnorm) zwei Fragen sich beantworten lassen:

---

*) Ich könnte hiernach auch mit Lenel (Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, S. 5) den Anspruch (sofern wir uns auf das Gebiet des staatlichen Rechts beschränken) bezeichnen als „das staatliche Gebot, von der Seite des Berechtigten angesehen". Aehnlich jetzt auch v. Schey in Grünhut's Zeitschr. VII, S. 760 ff. Dagegen wird der Begriff des Anspruchs durchaus nicht erschöpft, wenn man statt dessen von einem Forderndürfen redet. Wer einen Rechtsanspruch hat, befindet sich nicht bloß in der Lage, gemäß dem Rechte etwas fordern zu dürfen, sondern vielmehr in einem eigenthümlichen constanten Zustande stillschweigenden Forderns vermittelst des von ihm anerkannten Rechts, woraus nur von selbst folgt, daß der Inhalt des Anspruchs vom Inhaber auch ausdrücklich gefordert werden darf. Dies tritt am deutlichsten bei den Ansprüchen auf Unterlassung von Störungen u. s. w. zu Tage; genauer betrachtet trifft es aber auch für Ansprüche auf positive Leistungen zu, wenn auch die Erfüllung der Leistungspflicht öfters von einer vorausgehenden ausdrücklichen Forderung des Anspruchsinhabers abhängig gemacht ist.

Andererseits erscheint das „Gehorsamsrecht", von dem Binding in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XXI, S. 561 ff. spricht, nur als eine Art des Rechtsanspruchs, nämlich als der Anspruch dessen, der auf Grund einer Rechtsnorm — ohne solchen Grund kann natürlich von einem Rechtsanspruch auf Gehorsam überhaupt nicht die Rede sein —, sich in der Lage befindet, durch seine einseitige Willenserklärung Anderen bindende (verpflichtende, weil schon im voraus wenigstens indirect von ihnen anerkannte) Normen zu setzen.

1) Wer wird dadurch Verpflichteter? oder: wer erkennt sich durch die Anerkennung als gebunden an?

2) Wer ist darnach Anspruchsinhaber? oder: wer kennt durch die Anerkennung als Gemeinschaftsnorm sich einen Anspruch zu?

Natürlich kann die Antwort sehr verschieden lauten je nach dem besonderen Charakter der fraglichen Norm. Versuchen wir vorläufig nur die allgemeinsten Charakterunterschiede für die sich ergebenden Verhältnisse ausfindig zu machen.

143. Gehen wir aus von der einfachsten Form eines Gemeinschaftsverhältnisses, von der auf eine einzige Norm gegründeten Gemeinschaft zwischen zwei individuell bestimmten Genossen A und B, so lassen sich leicht drei verschiedene Hauptarten von Normen und demgemäß auch drei verschiedene Hauptformen des Verhältnisses von Rechtspflicht und Anspruch unterscheiden.

Die Norm kann streng einseitig sein, d. h. ausschließlich dahin gehend, daß B dem A gegenüber in einer bestimmten Weise sich verhalten soll; dann ist nur auf Seiten des B eine Pflicht und nur auf Seiten des A ein Anspruch vorhanden.

Die Norm kann ferner streng zweiseitig sein, d. h. dahingehend, daß A und B in einer bestimmten gleichen Weise sich verhalten sollen; dann stehen auf beiden Seiten Gebundenheit und Anspruch neben einander.

Ob in diesen beiden Fällen das Soll unbedingt oder bedingt ist, macht für die Vertheilung von Pflicht und Anspruch keinen Unterschied. Dagegen erscheint es als ein be-

sonderer **dritter** Fall, wenn die Norm **der Richtung nach nur bedingt bestimmt** ist, so daß erst durch Eintritt der Bedingung — diesen Ausdruck im **weitesten** Sinne genommen — festgestellt wird, **wer** von Beiden wirklich etwas leisten soll. Denn hier ist natürlich auch in Bezug auf die Vertheilung von Pflicht und Anspruch wohl zu unterscheiden zwischen dem bedingten Verhältniß, das unmittelbar aus der Anerkennung der bedingten Norm als Gemeinschaftsnorm folgt, und demjenigen, welches mit Erfüllung der Bedingung zur Existenz gelangt. Das erstere ist unter allen Umständen ein gegenseitiges, in welchem Pflicht und Anspruch für beide Theilnehmer ganz ebenso vorhanden sind, wie bei einer streng zweiseitigen und nur ihrem **Inhalte** nach bedingten Norm vor Erfüllung der Bedingung. Von welcher Art dagegen das Verhältniß nach Erfüllung der Bedingung sein werde, läßt sich theils nur nach dem Charakter der Bedingung, theils überhaupt nicht im voraus bestimmen. Letzteres namentlich dann, wenn die Bedingung in der Setzung einer subordinirten oder doch subsumirbaren Norm besteht, z. B. wenn die von A und B fortdauernd anerkannte Norm $\alpha\beta$ lautet: „Verabredungen über Grundsätze des gegenseitigen Verhaltens sollen bindend sein, sofern sie in einer bestimmten Form erfolgt sind." Möglich ist dann, daß die Verabredung ab^{I} eine streng einseitige (sei es bedingte oder unbedingte), ab^{II} eine streng zweiseitige (wiederum dem Inhalte nach entweder bedingte oder unbedingte), ab^{III} eine auch der Richtung nach bedingte Norm darstellt. Nur so viel läßt sich mit Gewißheit sagen, daß immer wieder einer dieser drei Fälle, also auch immer eines der drei be-

sprochenen Verhältnisse vorliegen wird. Wohl sind mannigfache Combinationen dieser drei Normen- und bez. Verhältnißarten denkbar, nicht aber eine besondere vierte Art von Normen und Verhältnissen neben den übrigen drei Arten.

144. Die zuletzt gemachten Bemerkungen gelten zugleich für alle möglichen, auch die verwickeltsten Arten von Recht und Gemeinschaft. Doch begreift sich leicht, daß für eine Gemeinschaft von mehr als zwei individuell bestimmten Subjecten die Zahl der streng einseitigen, theilweise auch schon der streng zweiseitigen, im Verhältniß zu den auch der Richtung nach bedingten Normen, regelmäßig um so mehr abnehmen wird, je größer die Zahl der Genossen ist. Und Vereinsnormen im technischen Sinne müssen, streng genommen, selbst dann der dritten Art angehören, wenn sie sich ausdrücklich an alle Vereinsgenossen richten. Denn wer Vereinsgenosse sei, bestimmen die Vereinsnormen nicht durch directe Benennung, sondern nur durch Bezeichnung der Bedingungen, unter welchen Jemand als Genosse angesehen werden soll von allen anderen Vereinsgenossen (Th. I, §§ 88ff.

Allerdings liegt ebenso klar zu Tage, daß die wirkliche Geltung einer Vereinsnorm sich niemals weiter erstrecken kann als auf diejenigen, die gerade zu einer bestimmten Zeit Vereinsgenossen sind. Ohne eigene directe oder doch indirecte Anerkennung der Vereinsnormen ist Niemand wahrer Vereinsgenosse (Th. I, §§ 90f.); von eigener Anerkennung kann aber nur bei wirklich existirenden Individuen die Rede sein, nicht schon bei bloß gedachten Sub-

jecten. Andererseits kann bloß derjenige als Vereinsgenosse eine Vereinsnorm anerkennen, in dessen Person die Bedingungen erfüllt sind, unter welchen nach dem Inhalte der bezüglichen Vereinsnormen Jemand als Genosse angesehen werden soll. Die Erfüllung der obersten, allgemeinsten Richtungsbedingung aller wahren Vereinsnormen muß also für jeden Einzelnen zeitlich zusammenfallen mit dem Beginn der Geltung überhaupt; für diejenigen, in deren Person die Bedingung der Mitgliedschaft noch nicht erfüllt ist, giebt es weder Rechtspflicht noch Rechtsanspruch aus den Vereinsnormen, auch nicht bedingter Weise. Und hierin liegt in der That ein gewisser Gegensatz zu den in § 143 besprochenen Fällen, wo der Moment der beginnenden Normenanerkennung und der Moment der Erfüllung der Richtungsbedingung deutlich auseinander liegen.

Näher besehen jedoch ist ein Unterschied zwischen der Bedeutung der Norm vor der Erfüllung der Richtungsbedingung und nach Erfüllung derselben auch im gegenwärtigen Falle zu machen; aus dem Vorausgeschickten folgt nur, daß dieser Unterschied immer bloß ein logischer, nicht ein wahrhaft zeitlicher sein kann. Der Unterschied ist dieser: die Vereinsnorm vor der Erfüllung der allen Vereinsnormen inhärenten Richtungsbedingung ist die rein nach ihrem Inhalte erfaßte, ohne Rücksicht auf den wirklichen zeitlichen Vereinsbestand vorgestellte Vereinsnorm; die Vereinsnorm nach der Erfüllung jener Bedingung ist die auf den Umfang ihrer thatsächlichen Geltung angesehene, auf die gerade zu einer bestimmten Zeit wirklich existirenden Vereinsgenossen bezogene Vereinsnorm.

Dem entspricht die doppelte Bedeutung von Vereinspflicht und Vereinsanspruch. Erstens ist „Vereinspflicht" das rein aus dem Inhalte einer Vereinsnorm heraus sich ergebende Gebundensein, und ebenso Vereinsanspruch der höchstens theilweise wirkliche, theilweise nur zu denkende Anspruch aller (also auch der erst künftigen) Vereinsgenossen. Zweitens ist Vereinspflicht das wirkliche Gebundensein, Vereinsanspruch der wirkliche Anspruch aller derjenigen menschlichen Individuen, welche zu einer bestimmten Zeit die fraglichen Vereinsnormen als Vereinsgenossen anerkennen.

145. Um die letzten Bemerkungen ganz richtig zu verstehen, ist nur noch hinzuzufügen, daß das in beiden Sätzen auftretende Wörtchen „aller" einen verschiedenen Sinn haben kann. In dem einen Falle nämlich bezeichnet es so viel als „jedes einzelnen" Vereinsgenossen, in dem anderen so viel als „aller zusammen". Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, zeigt sich erst deutlich, wenn wir uns auf den Standpunkt eines einzelnen Vereinsgenossen in Beziehung auf eine dem Inhalte nach bekannte Vereinsnorm versetzen.

Indem ich die Vereinsnorm: „Alle Mitglieder haben einen Jahresbeitrag von so und so viel zu zahlen", als Vereinsgenosse anerkenne, erkenne ich mich unmittelbar als gebunden an dieselbe an, d. h. ich erachte mich allein schon für gebunden, dieselbe zu befolgen, ohne erst die Befolgung seitens der Anderen abwarten zu dürfen. Anderseits folgt hier aus einer Anerkennung der Vereinsnorm offenbar nicht eine Zuerkennung des Anspruchs an jeden anderen einzelnen

Vereinsgenossen für sich, sondern nur eine Zuerkennung desselben an alle anderen zusammen. Ebenso folgt daraus nicht ein Anspruch, den ich als den meinigen gegenüber allen anderen Verpflichteten betrachten könnte, sondern einzig ein Anspruch, an dem ich mit allen anderen Vereinsgenossen zusammen gegen jeden Einzelnen Theil habe.

Nehmen wir ferner eine Vereinsnorm gerade entgegengesetzten Inhalts, z. B.: „Die am Schlusse des Jahres sich ergebenden Ueberschüsse sollen unter die sämmtlichen Mitglieder gleichmäßig vertheilt werden.“ Für mich, wie für jedes andere einzelne Mitglied, folgt aus solcher Norm ein selbständiger Anspruch auf die Dividende; dagegen erscheint als verpflichtet nicht jeder einzelne Vereinsgenosse für sich, sondern alle Vereinsgenossen zusammengenommen, bez. diejenigen, welche im Auftrage dieser Gesammtheit, d. h. gemäß weiterer Vereinsnormen, die Vertheilung auszuführen haben.

Endlich sind aber auch Vereinsnormen denkbar, bei denen strenggenommen beide Betrachtungsweisen zugleich als nothwendig erscheinen, z. B. bei einer Vereinsnorm wie der folgenden: „Alle Mitglieder sollen einander bestimmte Ehrenbezeugungen erweisen.“ Denn darin liegt nicht nur: Jedes Mitglied soll diese Ehrenbezeugungen allen anderen erweisen, sondern auch das andere: Jedes Mitglied soll einen Anspruch auf solche haben. Demgemäß sind hier für jedes Mitglied zugleich Pflicht und Anspruch vorhanden, und was dem gegenübersteht bei allen anderen Mitgliedern, ist nicht bloß ein gemeinsamer Anspruch und resp. eine gemeinsame Pflicht aller anderen Genossen zusammen, sondern in diesem

Falle voller Anspruch und resp. volle Pflicht jedes andern Vereinsgenossen.

146. Mit der vorstehenden Darlegung stimmt die gewöhnliche juristische Auffassung im Grunde vollkommen überein. Denn wenn letztere auch von einem gemeinsamen Anspruch oder einer gemeinsamen Pflicht aller Vereinsgenossen zusammen nicht zu reden gewohnt ist, vielmehr statt dessen von einem Anspruch oder einer Pflicht des Vereins als juristischer Person zu sprechen pflegt, so weist doch dieser Ausdruck, wie wir später noch zu erörtern Gelegenheit haben werden, in Wahrheit zurück auf dieselbe Auffassung der Sache.

Um so nachdrücklicher muß ich mich gegen ein leicht mögliches Mißverständniß verwahren. Meine Meinung ist nicht, daß alle Vereinsnormen in der bisher besprochenen Weise alle Vereinsgenossen gleichmäßig angehen müßten. Vielmehr sind sehr wohl Vereinsnormen denkbar, die einen Anspruch resp. eine Pflicht nur Eines oder doch nur weniger, zwar auch zunächst generell, aber eigenthümlich bestimmter Genossen gegen die übrigen ausdrücken. Ja, es sind sehr wohl Vereine denkbar, in denen überhaupt ausschließlich Normen von dem letzterwähnten Charakter Geltung haben. Wenn wir uns bisher nicht näher auf solche Vereinsverhältnisse eingelassen, so war der Grund einzig der, daß sie unserm juristischen Denken keine besonderen Schwierigkeiten darbieten.

Andererseits ist alles dasjenige, was bisher vom Verein überhaupt zu sagen war, consequenter Weise auch zu behaupten von einem Vereine, den wir „Staat“ nennen.

Und gerade für die staatlichen Normen und Verhältnisse ist ganz besonders zu beachten, was, zum Theil schon im § 143 angedeutet, jedenfalls zu der ganzen Erörterung hinzuzudenken ist:

1) daß die Bedingungen, an welche eine Rechtsnorm ihr Soll knüpft, sehr mannigfaltig abgestuft sein können;
2) daß jeder Stufe auch ein besonderes Verhältniß von Pflicht und Anspruch entspricht;
3) daß die einer bedingten Rechtsnorm subsumirten, ja selbst die ihr subordinirten Normen ebensowohl wiederum bedingte (und zwar der Richtung wie dem Inhalte nach bedingte) als streng einseitige oder streng zweiseitige sein können.

IV.

147. In dem § 137, welcher die allgemeine Darstellung des Verhältnisses zwischen Rechtsnorm oder Recht im objectiven Sinne einerseits, Rechtspflicht und Rechtsanspruch andererseits eröffnet, ist vorläufig der Begriff des „Rechtsanspruchs" oder kurzweg „Anspruchs" stillschweigend als mit dem Begriff des subjectiven Rechts identisch gesetzt worden. Es fragt sich, inwieweit sich dies halten läßt.

Der herrschende Sprachgebrauch des gemeinen Lebens sowohl als der Juristenwelt verbindet mit dem Worte „Recht im subjectiven Sinne" eine mehrfache Bedeutung. Die e i n e Bedeutung stimmt überein mit der, wie oben bemerkt, im vorigen Abschnitt vorausgesetzten: Recht = R e c h t s a n s p r u c h. So ist das Wort gemeint, wenn wir sagen: ich habe ein Recht darauf, daß mich die Anderen nicht in meiner Ehre kränken, nicht meine Gesundheit, mein Vermögen antasten, mich nicht im Gebrauche des und des Gutes stören; ich habe ein Recht darauf, daß mir dies oder jenes positiv von diesem oder jenem individuell oder generell bestimmten Subjecte geleistet wird. Z w e i t e n s wird unter „Recht im subjectiven Sinne" verstanden die Be-

fugniß zu irgendwelchem eigenen Handeln. So sprechen wir von einem Rechte des Eigenthümers, seine Sachen nach Belieben zu gebrauchen und sie zu veräußern, von einem Rechte der Eltern bzw. des Vaters, seine Kinder zu züchtigen, über ihre religiöse Erziehung zu entscheiden u. s. w. u. s. w. Näher betrachtet verbergen sich hier aber unter dem Worte „Befugniß" wiederum mehrere Bedeutungen, wie denn auch neuerdings bereits öfters, namentlich von Brinz, hervorgehoben worden ist. Neben dem einfachen rechtlichen Dürfen, dessen Inhalt im Grunde ein rein negativer, das rechtliche Nicht-Verbotensein ist (s. oben § 130 und den Excurs A im Anhange) steht nach der herrschenden Ansicht das sogen. rechtliche Können, d. h. die aus irgend welchen Bestimmungen des positiven Rechts folgende Fähigkeit, durch „Rechtsgeschäfte" bestimmte Rechtswirkungen zu erzeugen*).

Es ist m. E., wenn nicht unmöglich, so doch ganz werthlos, diese verschiedenen Bedeutungen, die der Sprachgebrauch mit dem Worte „Recht" verbindet, wenn er ein solches einer Person, einem Subjecte als sein Recht zu-

*) So sachlich übereinstimmend mit Brinz (2. Aufl. d. Pand., § 65, S. 211 f.). Das Wort „Rechtsgeschäft" bedarf freilich noch der weiteren Erklärung. Aber es ist unmöglich, dasselbe im Texte etwa durch „eigenes bewußtes Handeln" zu ersetzen; sonst würde auch die Delictsfähigkeit als rechtliches Können in Bezug auf die Delictsfolge zu bezeichnen sein. Wollte man andererseits specieller sagen: „rechtmäßiges bewußtes Handeln", so würden die Fälle des rechtlichen Könnens ausgeschlossen sein, wo Rechtsgeschäfte gültig, aber im Widerspruch mit rechtlichen Verpflichtungen des einen oder andern Theils abgeschlossen werden.

schreibt, sämmtlich bloß als verschiedene Seiten oder Auffassungen eines und desselben Begriffs zu betrachten. Die Wahrheit ist: es sind in der Hauptsache verschiedene Begriffe, die nicht viel mehr als den Namen gemein haben, und von denen jeder einzelne seine besondere Berechtigung hat. Die Frage kann daher nur sein: Lassen sich vielleicht Gründe auffinden, aus denen einer dieser Begriffe, oder etwa noch ein vierter, fünfter es verdient, vorzugsweise den Titel „Recht im subjectiven Sinne" zu führen?

Diese Fragestellung steht freilich nichts weniger als im Einklang mit der bisherigen juristischen Theorie. Die ganz regelmäßige Voraussetzung derselben ist vielmehr offenbar die, daß der mehrfache Gebrauch desselben Wortes auf eine gemeinsame Wurzel zurückzuführen und daß demgemäß die verschiedenen Begriffe bloß als Folgebegriffe aus einem und demselben Grundbegriffe, eben dem Begriffe des subjectiven Rechts, aufzufassen seien. Es wird unsere nächste Aufgabe sein müssen, diese Voraussetzung durch eine kurze Kritik der herrschenden Ansicht zu entkräften.

148. Am augenscheinlichsten mißlungen ist der öfters gemachte Versuch, einen jener drei im Sprachgebrauche nachgewiesenen Begriffe selbst zu dem gemeinsamen Grundbegriffe zu erheben, genauer gesagt, das „Dürfen" als das Wesen des subjectiven Rechts hinzustellen. Begreiflich wird derselbe allerdings durch eine Vermengung von verschiedenartigen Bedeutungen des Wortes „dürfen", die sprachlich meist nicht streng auseinander gehalten werden. Nimmt man zu der Bedeutung, in welcher ich meinerseits dies Wort consequent gebrauche, noch zwei andere, öfters vorkommende

hinzu (vgl. Excurs A im Anhang dieses Bandes), so umfaßt dieses eine Wort nicht nur zugleich den Rechtsanspruch und das rechtliche Können, sondern sogar gewisse Arten von Pflichten mit. Allein um so zweifelloser ist es, daß die Gemeinsamkeit der Bezeichnung gar keinen Aufschluß giebt über den Zusammenhang der darunter fallenden Begriffe. Es ist also schlechthin nothwendig, sich an die letzteren selbst zu halten. Und hier wird sich nun leicht zeigen lassen, daß aus demjenigen Begriffe, für welchen wir bisher schon (auch in § 147) den Ausdruck „dürfen" speciell verwendet haben, für welchen derselbe auch geradezu unumgänglich ist, die anderen in Frage kommenden Begriffe (des Rechtsanspruchs und des rechtlichen Könnens) nicht ableitbar sind.

„Dürfen" in diesem letzteren speciellen Sinne drückt nichts weiter aus als die Uebereinstimmung, d. i. den einfachen Nichtwiderspruch einer Weise des persönlichen Verhaltens mit gewissen Normen des Verhaltens, „rechtliches Dürfen" daher auch nichts weiter als den Nichtwiderspruch mit den Normen einer bestimmten Rechtsordnung (vgl. oben § 130 und Excurs A cit.). Dagegen liegt darin gar nichts, was zur Annahme einer Verpflichtung Anderer gegen den nöthigte, welcher „darf". Wenn unser Privatrecht dem Eigenthümer nicht nur ein weit gehendes Dürfen in Bezug auf sein Eigen ermöglicht, sondern zugleich allen anderen Rechtsgenossen — abgesehen von gewissen, besonders bestimmten Ausnahmen — die Verpflichtung auferlegt, den Eigenthümer in dem ihm gestatteten, d. h. nicht verbotenen Gebrauche nicht zu stören, so läßt sich wohl mit Grund be-

haupten, daß in der letzteren Bestimmung, in der Constituirung der Verpflichtung aller Rechtsgenossen und der entsprechenden Zuerkennung eines Anspruchs auf Erfüllung dieser Verpflichtung an den Eigenthümer, zugleich eine stillschweigende Anerkennung des ersterwähnten Dürfens enthalten sei; sicherlich aber ist ein Schluß in der umgekehrten Richtung unzulässig. Das Dürfen z. B. des Nichteigenthümers in Bezug auf eine herrenlose Sache, die vor ihm liegt, ist genau dasselbe, wie das des Eigenthümers, d. h. es ist ihm in Bezug auf die Sache selbst nichts verboten, was dem Eigenthümer in Bezug auf seine Sache erlaubt ist. Eine Verpflichtung jedoch für die anderen Rechtsgenossen folgt daraus offenbar in keiner Weise; sie entsteht erst durch die Occupation oder andere Acte, durch welche der bisherige Nichteigenthümer sich einen Anspruch auf Nichtstörung in Bezug auf die betreffende Sache verschafft.

Ebenso wenig ist mit dem Dürfen (in unserm speciellen Sinne) jemals schon das „rechtliche Können" gegeben; wo das letztere oder m. a. W. die Fähigkeit, durch gewisse als Rechtsgeschäfte zu bezeichnende Handlungen bestimmte Rechtswirkungen hervorzubringen, wirklich vorhanden ist, liegt der Grund dazu nicht in den Rechtsnormen, aus welchen sich das Dürfen ergiebt, sondern in denjenigen besonderen Rechtsnormen, welche festsetzen, daß an Handlungen der gedachten Art bestimmte Folgen, insbesondere wiederum bestimmte Pflichten dritter Personen, sich knüpfen sollen. Am deutlichsten tritt dies darin hervor, daß mit einer Suspendirung der letzterwähnten Rechtsnormen, oder, was

dasselbe besagt, der Rechtswirkungen für gewisse Fälle, namentlich mit der Beschränkung des rechtlichen Könnens bei einzelnen Klassen von Personen, keineswegs auch schon das Dürfen suspendirt oder beschränkt ist. So gewiß nach unseren Staatsgesetzen Verträge, von Unmündigen geschlossen, für diese keine bindende Kraft haben, auch wenn der Unmündige eine solche Rechtswirkung hervorrufen wollte, so wenig kann man sagen, daß es ihm verboten sei, Verträge zu schließen, daß er kein Darlehn annehmen, Wiedergabe nicht versprechen dürfe, daß ein solches Versprechen rechtswidrig sei.

149. Nicht viel besser steht es um eine Reihe anderer mehr oder weniger verbreiteter Begriffsbestimmungen, wie z. B.: „das Recht im subjectiven Sinne sei eine rechtliche Macht, eine durch das objective Recht begründete Herrschaft des Willens einer Person in Ansehung eines Gegenstandes" (Puchta, Pandekten, § 29; Arndts Pandekten, § 21), „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensvorschrift concreten Inhalts" (Windscheid, 4. Aufl., Bd. I, S. 91) oder, was der Intention nach wohl ziemlich auf dasselbe hinausläuft, „der von der Rechtsordnung anerkannte und mit ihr im Einklange sich befindende concrete Wille" (v. Canstein in der Grünhut'schen Zeitschrift für öffentl. u. Privat-Recht, Bd. V, S. 737).

Zwar kann man allenfalls zugeben, daß es möglich ist, ohne dem Sprachgebrauche große Gewalt anzuthun, die in § 147 aufgeführten drei Bedeutungen von „Recht" unter den obigen, zur Bezeichnung des vorausgesetzten Gesammtbegriffs gebrauchten Ausdrücken unterzubringen. Damit ist indessen die Sache keineswegs schon im Sinne der herr-

schenden Doctrin (§ 147 a. E.) entschieden. Der Grund der Möglichkeit, die drei besonderen Bedeutungen vom „Rechte einer Person" unter Einen Ausdruck zu bringen, kann vielmehr auch hier bloß darin liegen, daß der fragliche Ausdruck genau eben so mehrdeutig ist, wie der den Gegenstand der Erörterung bildende Ausdruck „Recht". Und dies wage ich in Betreff der Ausdrücke „rechtliche Macht", „durch das objective Recht begründete Herrschaft des Willens", „von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensvorschrift", „vom Rechte anerkannter concreter Wille" u. s. w. mit aller Entschiedenheit zu behaupten.

Ich will dabei ganz davon absehen, ob nicht schon die Worte „Macht", „Herrschaft", „Wille", „Willensmacht", in mehrdeutiger Weise gebraucht sind*); ich will sogar eingestehen, daß ein bestimmter Begriff von Macht den drei Begriffen „Dürfen", „Anspruch", „rechtliches Können" als allgemeinerer Begriff supersumirt werden kann (vgl. Th. I, § 41, S. 48). Dem Begriff des subjectiven Rechts sind wir trotz alledem nicht wesentlich näher gekommen.

Im günstigsten Falle wäre der Anfang zu der richtigen Definition durch Aufstellung des nächst höheren Gattungsbegriffes gemacht, aber das Unterscheidungsmerkmal des subjectiven Rechts von allen anderen Arten von Macht, das den Begriffen des Rechtsanspruchs, des rechtlichen Dürfens und des rechtlichen Könnens gemeinsam wäre, ist in den Zusätzen „rechtlich", „durch das objective Recht be-

*) Vgl. hierzu jetzt die Bemerkungen von Schey in Grünhut's Zeitschrift VII, S. 758 f.

gründet", „von der Rechtsordnung verliehen", „vom Rechte anerkannt" mit nichten gefunden. Eine von der Rechtsordnung verliehene, durch das objective Recht begründete Macht ist das bloße rechtliche Dürfen (= rechtlich nicht verboten sein) niemals; was im Dürfen als „Macht" vorausgesetzt wird, muß stets schon ohne Rücksicht auf die Rechtsordnung da sein; soweit das Recht uns Handlungen erlaubt (d. h. nicht verbietet bez. für nicht verboten erklärt), die wir aus factischen Gründen behindert sind, zu vollführen, da haben wir überhaupt gar keine Macht. Umgekehrt ist der Rechtsanspruch niemals bloß eine von der Rechtsordnung anerkannte, an sich schon vorher vorhandene Macht; vielmehr ist alles, was an „Macht" im Rechtsanspruch enthalten ist, im geraden Gegensatz zum einfachen Dürfen einzig und allein in der Rechtsordnung begründet. Für das rechtliche Können endlich treffen die beiden Bezeichnungen nur in eigenthümlicher Verknüpfung mit einander zu: was an „Macht" zur Vornahme der rechtserzeugenden Handlung selbst gehört, muß, wie beim einfachen Dürfen, schon ohne Rücksicht auf das Recht da sein, und insoweit ist also die im rechtlichen Können enthaltene Macht bloß eine von der Rechtsordnung anerkannte oder mit ihr übereinstimmende. Dagegen ist die Macht zur Hervorbringung der Rechtswirkung ausschließlich in der Rechtsordnung, d. h. in der Existenz bezüglicher Rechtsnormen, begründet.

Es würde übrigens auch völlig vergeblich sein, diese Einwendungen dadurch beseitigen zu wollen, daß man die beiden termini „anerkannt" und „begründet" mit einander

verbindet und demgemäß das subjective Recht als eine „durch das objective Recht entweder begründete oder doch anerkannte, oder theils anerkannte, theils begründete Macht" definirt. Daß dies nicht die correcte Definition eines Begriffes ist, daß überhaupt eine solche in einem streng disjunctiven Urtheile niemals enthalten sein kann, begreift sich von selbst. In der Sache aber ist damit die Bestimmung des subjectiven Rechts als schlechtweg „rechtliche Macht einer Person in Bezug auf eine Sache" ebenfalls schon gerichtet. Denn mit dem einen Worte „rechtlich" werden hier in Wahrheit zwei oder bez. drei im Grunde disparate Eigenschaften bezeichnet: dieselben, welche soeben erst näher ins Auge gefaßt worden sind. Nicht soll dabei behauptet werden, daß diesen Eigenschaften gar nichts gemeinsam sei. Eines ist ihnen wirklich gemein: sie drücken alle eine Beziehung der Macht, die sie näher bestimmen sollen, zum positiven Rechte aus. Allein offenbar ist dies gemeinsame Merkmal für die Wissenschaft völlig werthlos, so lange hinzugefügt werden muß, daß die fragliche Beziehung bei jeder der zwei bez. drei Eigenschaften eine andere ist. Und wenn nicht alles täuscht, wird dieser Zusatz immer gemacht werden müssen.

150. Eigenthümliche Bahnen in der Begriffsbestimmung vom „Recht im subjectiven Sinne" haben in neuester Zeit Ihering und Thon eingeschlagen*).

---

*) Auf eine besondere Erörterung der Ansicht von Plósz (Beitr. z. Theorie d. Klagrechts, S. 73), wonach subjectives Recht „die rechtlich bestimmte und gesicherte Möglichkeit" sein soll, „den abgesehen von dieser Möglichkeit rechtlich geschützten Zustand eines andern

Was der Erstere schon im „Geist des römischen Rechts“ (Bd. III, § 60, S. 317 ff.) wider die gewöhnliche Definition vom subjectiven Rechte ausgeführt hat, trifft dieselbe noch von einer andern Seite als der in den vorstehenden §§ berührten. Einer der nächsten Abschnitte wird mir Gelegenheit geben, hierauf zurückzukommen. Vor der Hand mag nur erwähnt sein, daß Ihering (S. 327) offen ausgesprochen hat, „daß der Willens- und Machtbegriff nicht im Stande sei, das praktische Verständniß der (subjectiven) Rechte zu erschließen“, und daß ich mich damit schon nach dem bisher Ausgeführten in gewissem Sinne, nämlich im Gegensatze zu der in der juristischen Doctrin bisher gebräuchlichen Auffassung des Willens- und Machtbegriffs einverstanden erklären muß.

Dagegen kann ich durchaus nicht Iherings eigenem Definitionsversuche beistimmen: „Rechte seien rechtlich geschützte, d. h. durch Klage geschützte Interessen.“

Gegen die „materielle Seite“ an diesem „Begriff des subjectiven Rechts“ haben schon Windscheid und Thon mit Grund bemerkt, daß es unzulässig sei, das Interesse, den Nutzen oder Vortheil, dem ja allerdings schließlich alles Recht diene, in die Definition vom Rechte aufzunehmen;

Rechtssubjects verändern zu dürfen“, glaube ich verzichten zu dürfen. So sehr er Recht hat, Recht und Pflicht als die beiden Seiten des Inhalts jedes Rechtsverhältnisses zu fassen, so gewiß ist „Pflicht“ nicht bloß „die rechtliche Nothwendigkeit, eine Zustandsänderung zu erdulden“. Auch die hierbei von Plósz angenommene Begriffsbestimmung von „Zustand“ und „Verhältniß“ scheint mir eine durchaus willkürliche zu sein.

namentlich hat Thon darauf hingewiesen, daß Jhering bei diesem Versuche geradezu den Zweck (das Interesse) mit dem Mittel verwechselt. Ich kann mich dem nur anschließen, und zwar gegenwärtig auch mit ausdrücklicher Beziehung auf das neueste Werk Jherings „Der Zweck im Recht", wo der gleiche Fehler bereits bei der Begriffsbestimmung von „Recht im objectiven Sinne" hervortritt*).

*) Es mag verstattet sein, hierzu nochmals abzudrucken, was ich in meiner Besprechung des „Zweck im Recht" in der Jenaer Literatur-Zeitung (Jahrgang 1878, S. 415) über die Widersprüche gesagt habe, in denen sich v. Jhering bei seinen Versuchen, den Rechtsbegriff zu definiren, bewegt:

Der 12. Abschn. des 8. Kap. ist überschrieben: „Der Inhalt des Rechts — die Lebensbedingungen der Gesellschaft". Hier wird S. 434 das Recht „definirt als die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft in Form des Zwanges". Am Schlusse aber (S. 499) heißt es: „Recht ist der Inbegriff der durch äußeren Zwang, d. h. durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft". Diese beiden Definitionen heben sich offenbar wechselseitig auf. „Die Sicherung durch Zwang" kann niemals „das Gesicherte" selbst sein. Soll nun zwischen beiden Definitionen gewählt werden, so werden sich die Meisten vermuthlich mit Thon für die erstere entscheiden. Aber auch diese ist nicht haltbar. „Sicherung" bezeichnet eine Thätigkeit oder Leistung. Kann man nun die Leistung, welche ein Ding leisten soll, seinen Zweck nennen, so ist vielleicht mit Grund die Sicherung der menschlichen Lebensbedingungen als Zweck des Rechts zu bezeichnen, wie das Jhering an einer andern Stelle desselben Abschnitts (S. 453) auch wirklich thut. Sicher jedoch ist mit dem Zweck des Rechts noch nicht das Recht selbst definirt. Man darf sich hierüber durch die sehr gebräuchliche Redensart, mit dem Zwecke sei das Wesen einer Sache gegeben, nicht täuschen lassen. So wichtig öfters die Erkenntniß des Einen für die des Andern ist, so gewiß ist der Zweck eines Dinges oder die zweckentsprechende Leistung eines

Der zweite dunkle Punkt in der Ihering'schen Definition ist die Identificirung von „rechtlich geschützt" und „durch Klage geschützt". Daß die Voraussetzung der Erzwingbar-

Dinges niemals das Ding. „Sicherung von Werthgegenständen vor Feuer und Einbruch" ist z. B. der Zweck des eisernen Schrankes; aber eine Begriffsbestimmung des letzteren ist in jenen Worten gewiß nicht enthalten; er bleibt sogar, was er ist, auch wenn er dem angegebenen Zwecke noch nicht dient oder nicht mehr dient.

Wenn hiergegen Thon neuerdings in seiner Abhandlung über den Rechtsbegriff (in Grünhut's Zeitschrift, Bd. VII, S. 259) bemerkt hat, er halte es „nicht für incorrect", das Recht als eine „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft" zu „definiren", da Sicherung menschlicher Interessen allerdings der Zweck eines jeden Rechtssatzes sei und es „zur Veranschaulichung dieses Umstands diene, wenn die Zweckbestimmung in die Definition des Rechts mit aufgenommen werde", — ja, wenn er sogar ganz allgemein ausspricht, der Streit über die Berechtigung, den Zweck des Rechts als dessen Inhalt zu bezeichnen, würde doch schließlich auf einen Wortstreit hinauslaufen, so verfällt er damit bezüglich der Definition des objectiven Rechts genau in denselben Fehler, den er der Ihering'schen Definition des subjectiven Rechts zum Vorwurfe gemacht hat: er verwechselt ebenfalls den Zweck mit dem Mittel. Dabei denke ich selbstverständlich nicht daran, die Redewendung „das Recht sei eine Sicherung menschlicher Interessen" oder „der eiserne Schrank sei eine gute Sicherung von Werthpapieren" schlechterdings zu verdammen; nur erfüllen diese Redewendungen nimmermehr die Anforderungen, welche die Logik an eine wissenschaftliche Definition stellt. Ich leugne ferner gar nicht, daß es angezeigt sein kann, in eine Definition den Zweck des zu Definirenden aufzunehmen; ich behaupte nur, daß die Definition des Mittels niemals durch die Bezeichnung des Zweckes, dem es dient, erschöpft sein kann, daß vielmehr diese Bezeichnung, auch wo sie angezeigt ist, immer nur entweder den höheren Gattungsbegriff, oder die differentia specifica, oder endlich gar nur einen Theil des einen oder andern darstellt. Daraus folgt von selbst, daß es keine bloße Wortklauberei ist, wenn man auf strenge

keit alles Rechts oder auch nur alles staatlichen Rechts eine völlig unhaltbare ist, habe ich im ersten Theile (§§ 101 ff., S. 140 ff.) nachgewiesen; es kann nicht meine Aufgabe sein, hier das dort Gesagte zu recapituliren. Gerade diese Voraussetzung aber macht Ihering wirklich, wenn auch nicht ohne gelegentlich sich selbst zu widersprechen*).

151. Auf der andern Seite ist nicht zu übersehen, daß „durch Klage geschützt" einen viel beschränkteren Schutz bezeichnet, als den staatlichen Zwangsschutz überhaupt. Diese Beschränkung aber und vor allem die Thatsache, daß auch Thon diese „formale Seite" des Ihering'schen Begriffs vom subjectiven Rechte mit geringen Modificationen als das Wesen des subjectiven Rechtes nachzuweisen sucht, obgleich er die Voraussetzung Iherings, daß alles Recht im objectiven Sinne erzwingbar sei, durchaus nicht theilt, legen auch nach der früheren Erörterung noch die Frage nahe: Aus was für anderen Gründen könnte die Meinung, daß die Möglichkeit selbsteigener Rechtsverfolgung, insbesondere durch

---

Unterscheidung des Zweckes eines Gegenstandes und des Inhalts von dessen Begriff bringt. Ueber den lapsus calami in dem Thon'schen Satze, in welchem Zweck des Rechts und Inhalt des Rechts (nicht bloß Inhalt des Rechtsbegriffs) identificirt werden, sehe ich dabei ganz hinweg. Denn daß Thon ernstlich meinen sollte, indem er „die Sicherung menschlicher Interessen" als Zweck jedes einzelnen Rechtssatzes bezeichnet, damit zugleich den Inhalt jedes einzelnen Rechtssatzes angegeben zu haben, kann ich natürlich nicht annehmen.

*) Belege hierfür s. in meiner in der vorigen Note citirten Besprechung des Ihering'schen Werkes in der Jenaer Lit.-Zeitung von 1878, S. 415 f. Vgl. übrigens jetzt auch Thon in Grünhut's Zeitschrift, Bd. VII, S. 231 ff.

Klage, zum wesentlichen Inhalt des subjectiven Rechts gehört, wohl gerechtfertigt erscheinen?

Nur drei Gründe sind m. E. denkbar:

1) der Sprachgebrauch;
2) die völlige Werthlosigkeit eines subjectiven Rechts ohne die Möglichkeit der eigenen Rechtsverfolgung;
3) der völlige Mangel eines Anlasses, ein Recht, dem die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung nicht zur Seite steht, als „Recht einer Person" zu bezeichnen.

Betrachten wir diese Argumente einzeln.

152. Ein allgemeiner Sprachgebrauch, der den Ausdruck „Recht einer Person" in einer der früher erwähnten zwei oder drei Bedeutungen auf die Fälle beschränkte, wo mit dem Anspruch, dem Dürfen oder rechtlichen Können eine besondere Klage oder sonstige Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung verbunden ist, existirt sicherlich nicht. Daß aber auch kein solcher Sprachgebrauch in unserer Jurisprudenz herrschend geworden ist, beweist schon die oberflächliche Vergleichung einiger Lehrbücher des Privatrechts; ganz zu schweigen von Darstellungen des öffentlichen Rechts. Eher läßt sich umgekehrt behaupten, daß der juristische Sprachgebrauch, speciell der technische Gebrauch, den unsere neuere Gesetzgebung von einigen eng damit zusammenhängenden Begriffen macht, direct gegen die in Rede befangene Beschränkung des Begriffs des subjectiven Rechts spricht. Ich denke hier namentlich an den Ausdruck „Verletzter", der in unserm Strafrecht und noch mehr im Strafproceßrecht eine sehr bedeutsame Rolle spielt. Soll nämlich der Ausdruck überhaupt einen Sinn haben, so kann „Verletzter"

nur heißen: „der in seinem Recht Verletzte". Denn eine materielle Verletzung von Personen oder Sachen wird dabei nicht als nothwendig vorausgesetzt, da offenbar auch bei bloßen Versuchshandlungen „Verletzte" im Sinne des Gesetzes anzunehmen sind. Und ebenso wenig wird vorausgesetzt, daß dem Betreffenden die Möglichkeit einer selbständigen Rechtsverfolgung zur Seite steht. Wenn unsere deutsche Strafproceßordnung jedem Verletzten eine solche Möglichkeit, wenigstens in beschränktem Maße, in den Bestimmungen der §§ 170ff. gibt, — eine Möglichkeit, die als etwas relativ Neues gelten muß, — so folgt gerade daraus, daß eine solche Möglichkeit nicht schon in dem Begriffe „Verletzter" liegt.

153. Das zweite als denkbar bezeichnete Argument für die von uns bestrittene Meinung, daß die Möglichkeit der Klage oder doch irgendwie eigener Rechtsverfolgung zum Begriff des subjectiven Rechts gehöre, bedarf eigentlich kaum der Widerlegung. Selbst diejenigen, welche ein Recht, das alles Schutzes durch irgend welche Zwangsmittel entbehrt, gar nicht gelten lassen wollen, werden doch die völlig unerzwingbaren Rechtsnormen und die ihnen entsprechenden Ansprüche nicht als einfach werthlos bezeichnen können. Denn der Werth jedes Rechtsanspruchs, auch eines solchen, dessen Inhaber ein eventuelles Klagerecht hat, liegt doch in erster Linie immer darin, daß die ihm gegenüberstehenden Pflichten erfüllt werden. So lange dies geschieht, erweist sich der Anspruch auf diese Erfüllung unmittelbar als werthvoll, das eventuelle Klagerecht als an sich werthlos. Jedenfalls ist der Werth des letzteren, so lange die Erfüllung der

gegenüberstehenden Pflicht noch erwartet werden kann, nur ein mittelbarer, sofern seine Existenz vielleicht ein Antrieb zur Erfüllung werden kann. Vielleicht: in Wahrheit dürfte dieser Antrieb kein allzu großer sein. Wo nicht Pflichtgefühl oder eigenes Interesse, namentlich die Erhaltung des Credits, zur Erfüllung treibt, wird es die Furcht vor der Klage nur verhältnißmäßig selten thun. Auch zeigen zahllose unklagbare Geschäfte, die täglich abgeschlossen werden, z. B. Geschäfte mit Minderjährigen, Spielschulden u. s. w., sowie vor allen Dingen das Leben in solchen Vereinen, denen juristische Persönlichkeit nach dem staatlichen Rechte nicht eigen ist, daß im wirklichen Leben unendlich viel mehr gerechnet wird auf die freie Erfüllung von frei übernommenen Verpflichtungen, als man gewöhnlich annimmt. Außerdem scheint es mir zweifellos, daß ein Anspruch, für welchen Staatshülfe von den Staatsorganen nur ex officio gewährt wird, der also nur durch strafrechtliche oder polizeirechtliche Bestimmungen geschützt ist, im Ganzen betrachtet mindestens ebenso werthvoll ist, als ein Anspruch, mit dem nur die Möglichkeit eventuell eine Civilklage anzustellen verbunden ist.

154. Das dritte im § 151 aufgeführte Argument ist denn auch das einzige, welches wirklich in ernstlicherer Weise in der juristischen Literatur geltend gemacht worden ist. Mit vollem Bewußtsein stützt sich darauf Thon, dessen Ausführungen eine um so gründlichere Berücksichtigung verlangen, je leichter gerade an ihnen der Punkt nachweisbar ist, wo der Weg vom objectiven zum subjectiven Rechte zu einem Irrwege geworden ist.

„Ueberall“, bemerkt Thon (Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 216), „wo wir einer Person ein Recht zusprechen, finden wir zunächst ein Gut oder ein Interesse derselben, welches die Rechtsordnung in ihren Schutz nimmt. So weit letzterer durch das Dasein der staatlichen Imperative, sowie durch Androhung von Rechtsfolgen für den Fall der Uebertretung oder endlich durch die Vollstreckung der Rechtsfolgen von Amtswegen gewährt wird, ist der Interessent betreffs dieses Schutzes lediglich passiv. Das geschützte Interesse ist sein, ebenso der Vortheil des Schutzes — aber an letzterem selbst ist er völlig unbetheiligt. Es besteht mithin auch keine Veranlassung, den ihn schützenden Staatswillen als sein Recht zu bezeichnen. Dies kann man nur, falls der Interessent selbst zur Realisirung des Schutzes mit berufen wird.“

Daneben giebt Thon allerdings zu, daß auch noch in anderer Weise „dem Geschützten ein Einfluß auf den ihm gewährten Schutz gestattet ist“. „Zunächst in der Art, daß er durch seine Einwilligung ein sonst verbotenes Verhalten seines normwidrigen Charakters berauben kann“; sodann so, „daß es ihm bei verzichtbaren oder übertragbaren Rechten verstattet ist, den gesammten Rechtsschutz aufzugeben oder an eine andere Person zu knüpfen.“ Er glaubt jedoch, diese beiden Fälle für die Frage nach dem Begriff des subjectiven Rechts für irrelevant halten zu müssen, weil dieser Einfluß des Geschützten „den Inhalt oder die Art des Rechtsschutzes selbst nicht berühre“. Und so bleibt denn nach seiner Meinung gerade nur das schon angeführte Moment: die selbständige Betheiligung des Interessenten an der

Verwirklichung des Rechtsschutzes, die Anwartschaft auf eventuelle Klage oder sonstige Mittel der Rechtsverfolgung.

Es ist wohl nicht überflüssig, zuvörderst auf einen Widerspruch in dieser Deduction hinzuweisen. Die Frage, wie sie Thon gestellt hat, geht dahin: Unter welchen Voraussetzungen ist Anlaß vorhanden, den Schutz, welchen irgendwo eine Rechtsnorm einer Person gewährt, als ihr Recht, also m. a. W. als ihren Rechtsschutz zu bezeichnen? Zu dieser Fragstellung paßt jedoch die ganze Argumentation Thons außerordentlich wenig. Einerseits ist klar, daß ein Rechtsschutz, an dessen Realisirung Jemand nur betheiligt ist, der aber in der Hauptsache von Anderen, speciell von der Staatsgewalt gewährt wird, nicht gerade besonderen Anlaß bietet, ihn dieser betheiligten Person als ihren Rechtsschutz zuzuschreiben. Was ihr wirklich angehört, ist eben nur eventuelle Betheiligung an der Realisirung des Rechtsschutzes resp. die Aussicht (Anwartschaft) auf diese Betheiligung. So meint es nun freilich Thon auch; aber er übersieht dabei, daß man ebenso gut auch die Aussicht auf den von Amtswegen zu gewährenden Schutz als dem Geschützten gehörig ansehen muß. Andererseits trifft offenbar dasjenige, was Thon von der Fähigkeit sagt, über den Rechtsschutz in bestimmtem Umfange zu disponiren, gar nicht den in Rede stehenden Punkt. Denn wenn Jemand etwas als sein bezeichnet, fällt es ihm niemals ein zu denken, daß er eine Bemerkung über den Inhalt oder die Art dieses „etwas" macht, sondern er setzt einfach Inhalt und Art als allgemein bekannt voraus und spricht nur von einer Beziehung dieses insoweit bekannten Dinges zu seiner

Person. Und gerade eine solche Beziehung muß sicherlich überall als vorhanden gedacht werden, wo eine Disposition über das „etwas“, hier also über den Rechtsschutz stattfinden kann. Genauer betrachtet müßte nur nicht die Fähigkeit, über die Wirksamkeit der Rechtsnormen zu disponiren, als subjectives Recht betrachtet werden, sondern die Rechtsnorm selbst in bestimmter Beziehung zu einer Person.

155. Die letzterwähnte Consequenz würde Thon nur darum nicht ziehen können, weil er das objective Recht, die Rechtsnormen, schlechthin über allen Einzelnen im Staate schweben läßt. Und damit berühren wir den Kernfehler der Thon'schen Theorie, der schon in seiner Fragestellung vollständig hervortritt*).

Gewiß steckt in der letzteren ein methodisch richtiger Gedanke. Die Gegensetzung von objectivem und subjectivem

*) Der vorliegende Abschnitt ist allerdings schon viel früher geschrieben als die in der zweiten Anmerkung zu § 150 citirte Abhandlung Thons in der Grünhut'schen Zeitschrift. Allein die dort vorgenommene vermeintliche Verbesserung kann mich nicht bestimmen, an den §§ 155. 156 eine Aenderung vorzunehmen. Der Vorwurf, daß Thon das objective Recht schlechthin über allen Einzelnen im Staate schweben läßt, trifft freilich nach seinen neueren Ausführungen, worin er das Wirken des Rechts auf die Einzelnen ausdrücklich betont, nicht mehr in dem gleichen Maße zu, wie nach den früheren. Allein etwas außerhalb der Einzelnen Seiendes, nur von außen auf sie Wirkendes bleibt ihm das Recht nach wie vor. Und eben darin finde ich das *πρῶτον ψεῦδος* seiner Lehre vom Rechte, vom objectiven, wie vom subjectiven. Dazu kommt, daß ich im Uebrigen in dem hierhergehörigen Theile seiner neuen Darstellung nur einen erheblichen Rückschritt hinter seine frühere erblicken kann (vgl. hierüber den Excurs B im Anhange dieses Bandes) und mich schon darum lieber an jene ältere Darstellung halte.

Rechte würde wissenschaftlich gar nicht zu rechtfertigen sein, wenn damit nicht zwei gleichmäßig berechtigte, aber von verschiedenen Standpunkten aus gewonnene und immer wieder zu gewinnende Ansichten ein und derselben Sache ausgedrückt würden. Daraus folgt: Kennt man auch nur die eine Ansicht, zugleich aber die Beziehung, welche die andere von der bekannten unterscheidet, kennt man also in unserm Falle auch nur das, was wir „objectives Recht“ nennen, und daneben die Bedeutung des Gegensatzes von „objectiv“ und „subjectiv“ überhaupt, so müssen sich daraus bestimmte, wichtige Schlußfolgerungen für die andere Ansicht, also hier für den Begriff des subjectiven Rechts ergeben. Nun nennen wir „objectiv“ gemeiniglich diejenige Ansicht von einem Gegenstande, bei welcher wir ihn als etwas außer uns Seiendes, unserm beobachtenden Blicke Gegenüberstehendes denken; wir nennen „subjectiv“ die andere, bei welcher wir den Gegenstand als etwas unserm eigenen Ich Angehörendes auffassen. Das Problem des „subjectiven Rechts“ läßt sich demnach in der That dahin formuliren: Inwiefern können wir die Normen, welche wir als „objectives Recht“ uns gegenüberstehend denken, als etwas uns selbst Angehörendes, oder m. a. W. als *unser* Recht auffassen?

Wie diese Frage gemäß der in Th. I dargelegten Ansicht vom „objectiven Rechte“ zu beantworten ist, liegt nach den Ausführungen des vorigen Abschnitts (§§ 137. 138. 141 ff.) auf der Hand. Wenn „Rechtsnorm“ stets eine von Genossen einer Gemeinschaft und gegenüber solchen anerkannte Norm ist, so *muß* die hiernach zur Constituirung der Rechtsnorm erforderliche, mindestens indirecte Anerkennung ent-

weder für alle Genossen oder doch für den einen Theil von ihnen als Rechts*anspruch* resp. als Modification eines solchen Rechtsanspruchs erscheinen. Und umgekehrt: *Rechtsanspruch* ist niemals etwas anderes, als *eine Rechtsnorm in subjectiver Fassung.*

156. Thon würde vielleicht zu ganz gleichem Resultate gekommen sein, wenn er nicht in seiner Untersuchung über das objective Recht auf halbem Wege stehen geblieben wäre. Er hat richtig erkannt, daß das Recht in Imperativen besteht; aber er hat darauf zu ausschließlichen Nachdruck gelegt und zu wenig berücksichtigt, was die Imperative des Rechts, oder kürzer gesagt die Rechtsnormen, von anderen Arten von Imperativen oder Normen *unterscheidet.* Wohl charakterisirt er in der Vorrede — in voller Uebereinstimmung mit unseren früheren Ausführungen — als „Rechtsnorm" jede „Norm, welche eine menschliche Gemeinschaft als bindend für das gegenseitige Verhalten der Genossen anerkennt"; aber nirgends sind die Consequenzen solcher „Anerkennung seitens einer Gemeinschaft" gezogen. Sonst hätte Thon an der oben mitgetheilten entscheidenden Stelle nicht die Rechtsnormen *schlechthin* als einen *über* allen Einzelnen stehenden fremden Willen, nicht schlechthin als einen „Schutz" für die Interessen der Einzelnen bezeichnen können. Er würde vielmehr bemerkt haben, daß diese letztere Auffassung eben nur die *eine* Ansicht von der Sache ist, genauer gesagt, daß es zwar möglich und vielfach zweckmäßig ist, die von uns anerkannten Rechtsnormen als etwas über uns Stehendes zu *denken*, daß sie auch um so leichter so erscheinen, je mehr sie, in der Form des Gesetzes

auftretend, an und für sich nur den Willen Weniger ausdrücken, daß sie aber doch auf der andern Seite immer nur darum und soweit Rechtsnormen sind, weil und soweit sie mindestens indirect auch von uns als Genossen der Gemeinschaft, des Staates, anerkannt werden. Er würde erkannt haben, daß die objective Auffassung vom Rechte, bei welcher die Rechtsnormen vorgestellt werden als über den Genossen der Gemeinschaft stehend, sich der subjectiven Auffassung, welche die Rechtsnormen als in und durch die Genossen seiend vorstellt, um so mehr nähert, je kleiner und individuell bestimmter der Kreis der Genossen und je directer die Anerkennung ist, daß andererseits aber auch beide Auffassungen um so mehr auseinandergehen, je größer die Zahl der Genossen, und je mehr die Bestimmtheit derselben nur eine generelle, die Anerkennung nur eine indirecte ist. Es würde sich endlich aus der letzteren Beobachtung von selbst erklärt haben, warum das objective Recht — speciell das objective Recht des Staates, das uns ja immer in erster Linie interessirt — meistentheils sich darstellt in Form gänzlich abstracter Normen, während als subjectiv ein Recht, d. h. eine Rechtsnorm, nur erscheint, sofern sie von uns als Genossen — sei es von einem Einzelnen oder von Mehreren zusammen — als Anspruch an andere individuell oder generell bestimmte Genossen gerichtet, oder doch mit directer Beziehung auf diese Richtung, wie sie schon an sich in der Anerkennung als Gemeinschaftsnorm enthalten ist, vorgestellt wird*).

*) Mit dieser Beobachtung dürfte sich auch von selbst erledigen,

157. Je entschiedener aber der Begriff des **Rechtsanspruchs** zu dem der Rechtsnorm in dem Verhältniß der subjectiven zur objectiven Ansicht **ein und derselben** Sache steht, um so weniger läßt sich dies von dem Begriff des **Dürfens** sagen. Gebot und Erlaubniß können sich gar nicht zu einander verhalten wie „objectiv" und „subjectiv"; sie verhalten sich vielmehr, wie wir früher gesehen, wie Position und Negation. In der Regel ist überdies nicht einmal ein Zusammenhang zwischen dem Dürfen und einer **bestimmten** Norm vorhanden; das Dürfen umfaßt schlechthin das gesammte Handeln, soweit **keine** Rechtsnormen bestehen, die eine bestimmte Art des Handelns verbieten. Und wo ausnahmsweise das Dürfen einer bestimmten Norm entspringt oder zu entspringen scheint, gehört es entweder vollständig zum Inhalt der der Norm entsprechenden Pflicht, verhält sich also zur letzteren als das minus zum plus (vgl. Th. I, § 115), wie z. B. bei zahlreichen Amtsbefugnissen, die in Wahrheit meist Amtspflichten sind, auch

---

was **Thon** S. 247 wider **Sohm** geltend macht: „Nun bin ich gewiß am wenigsten geneigt, Werth und Bedeutung der Norm zu verkennen. Ich bestreite nur, daß der **schützende Rechtssatz** ohne Weiteres ein **Recht des Geschützten** begründe. Sonst könnten und müßten wir ja selbst auch die Vögel als Gläubiger bezeichnen zu deren Frommen etwa eine städtische Verordnung das Streuen von Futter gebietet." Thon hat ganz Recht, daß **nicht Alles**, was durch Rechtssätze **geschützt** wird, darum allein schon als **berechtigt** anzusehen ist. Allein damit ist gar nicht ausgeschlossen, daß dennoch mit jedem (relativ selbständigen) Rechtssatze subjectives Recht unmittelbar gegeben ist. So auch in dem angeführten Falle; nur daß nicht die Vögel, sondern die Stadt, welche jene Verordnung rechtskräftiger Weise gegeben hat, als berechtigt anzusehen ist.

wenn im Wortlaut der fraglichen Rechtsvorschriften von keinem Sollen die Rede ist, — oder es bildet die logisch nothwendige Voraussetzung resp. Ergänzung eines durch die betreffende Rechtsnorm begründeten Anspruchs, — oder endlich es stellt sich dar als die Modification einer durch eine andere Norm bestimmten Pflicht bez. des dieser Pflicht gegenüberstehenden Anspruchs.

158. Was ferner den Begriff des rechtlichen Könnens anlangt, so kann man in ihm nach einer Seite hin allerdings die subjective Ansicht derselben Sache finden, die objectiv betrachtet sich in gewissen Rechtsnormen darstellt; allein, genauer betrachtet, gerade nur so weit, als eben in allem rechtlichen Können in der That entweder Rechtsansprüche oder Rechtspflichten enthalten sind. Der volle Beweis für diese letztere Behauptung setzt freilich eine Anschauung vom Wesen des Rechtsgeschäfts voraus, die erst im folgenden Buche begründet werden kann, daß nämlich „Rechtsgeschäft" nichts anderes ist als die Setzung irgendwelcher einem positiven Rechte subordinirter Normen. Nehmen wir indessen diese Ansicht für jetzt als keiner weiteren Begründung bedürftig an, so ist klar, daß das rechtliche Können am richtigsten zu charakterisiren ist als die „Fähigkeit, subordinirte Normen zu setzen". Was nun in dieser Fähigkeit rein factischer Art ist und mithin auch durch rein factische Hindernisse, z. B. Bewußtlosigkeit, Mangel an Gelegenheit oder bestimmten Mitteln, ausgeschlossen sein kann, hat im Allgemeinen offenbar gar keine Beziehung zu bestimmten Rechtsnormen. Was dagegen von rechtlicher Natur darin ist, ist in Wahrheit gar nichts anderes, als

entweder ein nach Richtung und Inhalt bedingter (§ 143) Anspruch oder eine nach Richtung und Inhalt bedingte Pflicht.

159. Mit alledem bilde ich mir natürlich nicht ein, etwas absolut Neues zu sagen. Mehr oder weniger nahe verwandte Ansichten über das Verhältniß zwischen objectivem und subjectivem Recht sind bereits von Anderen, wenn auch meist nicht eingehend motivirt, so doch in allgemeinen Umrissen aufgestellt, und mancherlei Consequenzen daraus gezogen worden. Und was noch bedeutsamer ist: eine Ahnung von der Wahrheit dessen, was in diesem Abschnitte zu beweisen versucht ist, zieht im Grunde durch die gesammte bisherige Jurisprudenz hindurch. Ich denke hierbei insbesondere an den unzählige Male auftretenden Satz, daß „jedem (subjectiven) Rechte eine Pflicht entspricht". So wenig der Satz zu den Definitionen und weiteren Ausführungen vom subjectiven Rechte paßt, neben denen er meist zu stehen pflegt, so entschieden weist er auf die von mir vertretene Ansicht hin. Der Rechtsanspruch ist in der That undenkbar ohne gegenüberstehende Pflicht (§§ 137 ff.). Dagegen steht dem Dürfen an sich niemals eine Pflicht gegenüber (§ 148). Und das Gleiche gilt von der factischen Fähigkeit, die beim rechtlichen Können vorausgesetzt wird; nur sofern in dem rechtlichen Können auch ein Anspruch enthalten ist, findet sich als Correlat dazu stets eine Pflicht.

V.

160. Der vorige Abschnitt hat auf methodisch-kritischem Wege dargelegt, warum von den drei Begriffen, welche der Sprachgebrauch (§ 147) mit dem Worte „Recht (einer Person)" verbindet, die Begriffe des Dürfens und rechtlichen Könnens theils völlig zurückzustellen, theils unterzuordnen sind dem Begriff des Rechtsanspruchs, und warum diesem letzteren allein der wissenschaftliche Titel „subjectives Recht" zuzuerkennen ist. Es handelt sich nun darum, die Probe für die Richtigkeit des dort gewonnenen Resultats zu machen, indem wir die juristisch-praktische Bedeutung desselben klarlegen.

Die vollkommenste Probe dieser Art würde natürlich in dem detaillirten Nachweise liegen, daß der Gesammtinhalt der innerhalb einer Gemeinschaft als solcher geltenden Rechtsnormen und der Gesammtinhalt der Rechtsansprüche der Genossen oder Gemeinschaftssubjecte als solcher sich stets vollständig decken. Die Ausgangspunkte für diesen Nachweis würden einestheils im Abschnitt III dieses Buches, namentlich den §§ 141 ff., anderntheils in den Bemerkungen der §§ 156 ff. gegeben sein. Aber den Nachweis wirklich zu

führen, könnte natürlich nur Sache der ganzen Rechtswissenschaft, nicht eines Einzelnen sein. Ich muß mich begnügen, mehrere Hauptpunkte herauszuheben, die ein solcher Nachweis keinesfalls übergehen dürfte.

Fassen wir in diesem Sinne zunächst den Begriff des Rechtssubjects und der Rechtsfähigkeit ins Auge.

161. Dem gemeinen Sprachgebrauche sind die Ausdrücke „Rechtssubject" und „Rechtsfähigkeit" durchaus fremd; es sind juristische Kunstausdrücke und zwar von ziemlich jungem Datum. Die Vermuthung liegt nahe, daß auch die Begriffe, für welche sie geschaffen sind — wohlverstanden als Begriffe gerade von dem bestimmten Inhalt und der bestimmten Begrenzung — erst Producte unseres modernen Denkens sind.

Daraus würde nicht folgen, wie eine glücklicherweise bis jetzt nur vereinzelt auftretende Ansicht uns glauben machen möchte, daß sie überhaupt nur Anwendung finden könnten oder dürften auf unser heutiges Recht. Es ist ja gewiß unzulässig, einem fremden positiven Rechte, das man darstellen will, beispielsweise dem römischen, moderne Vorstellungen anzudichten[1], das will sagen, sie als bereits auf dem Boden desselben erwachsen darzustellen. Allein einmal ist es doch für uns unmöglich, einem fremden Vorstellungskreise näher zu kommen, ohne in erster Linie von unseren eigenen Begriffen Gebrauch zu machen. In Wahrheit bringen wir stets nur insoweit in das Verständniß jenes ein, als wir den Inhalt desselben auf Begriffe zurückführen oder doch an solchen messen, die uns vollständig vertraut, d. h. mehr oder weniger Producte oder Vorstellungsformen un-

seres Geistes sind. Andererseits ist niemals zu vergessen, daß das Bild, welches sich eine Gemeinschaft, speciell ein Volk oder seine Juristen von dem eigenen Rechte machen, durchaus nicht das Privilegium unbedingter Zuverlässigkeit für sich hat. Es ist darum sehr wohl möglich, daß gewisse allgemeine Grundbegriffe, die erst moderner Geistesarbeit entstammen, auch mit dem wirklichen Rechtsleben des classischen Alterthums ganz wohl zusammen stimmen, auch wenn sie mit der Begriffswelt desselben mannigfach in Collision gerathen; zumal wenn bei einem Volke, wie dem römischen, die praktische Begabung eminent, die theoretische verhältnißmäßig gering ist.

162. Eine andere Frage ist, ob überhaupt den genannten technischen Bezeichnungen zur Zeit bereits nach Inhalt und Umfang genau bestimmte Begriffe entsprechen, oder ob sie mehr nur ein Zeugniß für das Bedürfniß darstellen, solche Begriffe zu gewinnen.

Wollte man diese Frage in ihrer ersten Hälfte dahin formuliren, ob wir es bereits zu allgemein oder doch ziemlich allgemein angenommenen Definitionen gebracht, so müßte hierauf ein rückhaltsloses Nein erfolgen. Die Definitionen von „Rechtssubject" und „Rechtsfähigkeit" sind leichtbegreiflicher Weise genau so mannigfaltig, wie schon die Versuche, den Begriff des subjectiven Rechts zu bestimmen.

Aber mehr als ein bloßer Ausdruck eines unbestimmten Bedürfnisses liegt in der Aufstellung der genannten Termini denn doch. Schon in der sprachlichen Bildung der Wortverbindungen „Rechtssubject" und „Rechtsfähigkeit"

steckt die Anerkennung einer zwar nur formalen, aber doch bedeutsamen Wahrheit, die nicht durch irreführende Raisonnements wieder abgeschwächt werden darf. Das will sagen: die Beziehung, in welcher die Begriffe „Rechtssubject" und „Rechtsfähigkeit" zum Begriff des (subjectiven) Rechts stehen, ist ihnen von vornherein in der bestimmtesten Weise aufgeprägt; Subject eines Rechts kann immer nur heißen, wer dieses Recht hat; rechtsfähig aber heißt ebenso gewiß niemals etwas anderes, als „fähig, Rechte zu haben", oder m. a. W. „fähig, Rechtssubject zu sein". Demnach ist der Streit über die richtige Begriffsbestimmung ausschließlich begründet in dem noch fortdauernden Streite über den Begriff des (subjectiven) Rechts; je nach der Definition, die von letzterem zu geben ist, modelt sich dann ganz von selbst die Definition der Begriffe „Rechtssubject" und „Rechtsfähigkeit".

163. Ich möchte nicht mißverstanden werden. Ich bilde mir nicht etwa ein, daß die vorstehenden Behauptungen überall Zustimmung finden werden. Im Gegentheil; da das Verhältniß zwischen subjectivem Recht nnd Rechtssubject, wie ich es als durch die Begriffsbildung selbst unmittelbar gegeben bezeichnet habe, in den letzten Jahrzehnten wiederholt von Windscheid, Ihering u. A. in Frage gestellt worden ist, muß ich starken Widerspruch erwarten. Es wird darum nothwendig sein, den zu vermuthenden Einwendungen schon im Voraus möglichst zu begegnen. Und zwar scheint es mir zweckmäßig, zu diesem Behufe anzuknüpfen an die Ausführungen von Bekker (Zeitschrift für Dogmatik des röm. u. deutschen Rechts XII, S. 4ff.), der

bisher wohl am eingehendsten, wenn auch häufig mehr nur fragender Weise, „zur Lehre vom Rechtssubject“ sich ausgesprochen hat.

Auch Bekker geht aus von dem Begriff des subjectiven Rechts, das er definirt als

„ein Gesammtverhältniß, das nicht beruht auf der eigenen Kraft des Gewalthabers, sondern auf der eines Dritten, der in gleicher Weise steht über dem Gewalthaber und dem in der Gewalt Befindlichen.“

Bekker bemerkt ferner, daß es hiernach nahe liege, auf die Frage nach dem Rechtssubject zu antworten:

„Das Recht ist Gewalt, Rechtssubject wer die Gewalt hat. Gewalt aber ist das Vermögen über etwas, das von unserm Willen abhängt; Rechtssubject also derjenige, dessen Wollen für das rechtliche Handeln oder Leiden des Objects bestimmend wirkt, — oder auch derjenige, dessen Wille sich in der Rechtsausübung verwirklicht.“

Allein bei näherer Betrachtung findet er, daß „die Antwort nicht aufrecht zu erhalten“.

„Sehen wir“, fährt er fort, „auf Kinder (infantes), Wahnsinnige, Abwesende, Verschollene, Verschwender: der Wille aller dieser Personen ist nicht maßgebend für die Ausübung der ihnen nach gemeinem Sprachgebrauch zuständigen Rechte. Entweder also sind alle diese nicht Subjecte der für sie zu verwaltenden Rechte, oder aber die Rechtsjubjectivität wird nicht bedingt durch Abhängigkeit von dem Willen des Subjects. Bleiben wir dabei, die Abhängigkeit von dem Willen als das durchschlagende

Moment zu erachten, so machen wir Vater oder Tutor zum Subject der dem Infans, die verschiedenen Curatoren aber zu Subjecten der den Wahnsinnigen, Abwesenden, Verschollenen, Verschwendern bisher zugeschriebenen Rechte; sollen diese Rechte aber Rechte der Kinder u. s. w. und die Kinder u. s. w. Subjecte dieser Rechte bleiben, so sehen wir uns gezwungen, andere Momente als entscheidend anzuerkennen."

Die letzten Schlußfolgerungen hätten auch für Bekker selbst den Anlaß bieten sollen, vor Allem den Ausgangspunkt, seine Definition vom subjectiven Rechte, von Neuem zu untersuchen. Daß diese Definition wirklich nicht haltbar, folgt für uns aus den Ausführungen des § 149 von selbst; denn die Bekkersche Definition ist — abgesehen von einem schon an sich geringen, für die gegenwärtige Erörterung völlig irrelevanten Differenzpunkte — in der Sache identisch mit der dort besprochenen Definition des subjectiven Rechts als „einer von der Rechtsordnung verliehenen Macht". Gleichzeitig muß ich freilich zugestehen, daß die von Bekker aus der Annahme von Kindern, Wahnsinnigen u. s. w. als Rechtssubjecten entnommenen Bedenken auch meiner eigenen Ansicht entgegengehalten werden könnten, wenn nicht die Bekkersche Deduction auch an einem andern, noch schwereren Fehler litte. Aber selbst wenn dieser andere, erst später zu berührende Fehler nicht vorhanden, selbst wenn ich genöthigt wäre zuzugeben, daß meine Auffassung vom „Rechtssubject" wirklich im Widerspruch stehe mit Thatsachen des positiven Rechts, würde ich daraus stets nur folgern können, daß auch meine Begriffsbestimmung vom

subjectiven Rechte der Correctur bedürfe, nimmermehr aber, daß der innere Zusammenhang zwischen den beiden Begriffen anders zu denken sei, als er nach der Bildung der Worte selbst und dem damit übereinstimmenden Sprachgebrauche allein gedacht werden kann. Wenn Jemand sagt: „Ich habe ein Recht" oder „Das ist mein Recht", so heißt das nie und nirgends: Ich habe das Recht zwar nicht, es ist nicht mein Recht, aber ich „stehe in nächster Beziehung zu dem Rechte", „habe etwas, einen Vortheil von dem Rechte" u. s. w.; es wäre denn, daß dieser Jemand sich unrichtig ausdrückte oder bewußter Weise eine Fiction gebrauchte.

Im Grunde hat dies wohl Bekker selbst gefühlt, als er in der Folge den Begriff des Rechtssubjects für vorläufig undefinirbar erklärte. Allein sein Vorschlag, den Begriff überhaupt einstweilen auf sich beruhen und sich statt dessen an zwei anderen leichter faßbaren genügen zu lassen, nämlich den Begriffen „Genießer" und „Verfüger", beruht auf einer Selbsttäuschung. In Wahrheit setzt nämlich jeder dieser beiden Begriffe den Begriff des Rechtssubjects schon voraus, und die Unterscheidung zwischen den Verfügern und Genießern von Rechten ist im günstigsten Falle eine brauchbare Unterscheidung von zwei Arten von Rechtssubjecten neben derjenigen dritten Art, welcher auch Bekker den Namen „Rechtssubject" lassen will, d. h. neben der Vereinigung von Verfüger und Genießer in einer Person.

Was heißt denn „Verfüger sein"? Und was heißt „Genießer sein"?

„Ueber den Begriff der Verfügung und die Beantwortung der Frage, ob wer Verfüger eines Rechts oder nicht, im besonderen Falle, wird kaum ein Zweifel auftauchen.“

So Bekker; ich habe leider solche Zweifel. Ist „Verfüger“ jeder, der zufällig über ein Recht thatsächlich verfügen kann? Dann wäre der Mörder „Verfüger“ aber alle Rechte, die streng an die Person seines Opfers geknüpft waren, es wäre der Dieb „Verfüger“ über die Rechte, die an den bloßen Besitz einer Sache geknüpft sind, ja unter Umständen selbst über fremdes Eigenthumsrecht, sofern er z. B. die gestohlenen Papiere au porteur rechtzeitig an einen Mann zu bringen weiß, der sie bona fide kauft. Sind dagegen unter „Verfüger“ nur diejenigen zu verstehen, denen die Verfügung zusteht — und nach den am meisten wiederkehrenden Wendungen zu schließen, sowie nach der Ausführung über „die verschiedenen Beziehungen, die Jemand zum Verfüger über ein Recht machen“ (a. a. O. S. 29—58), ist dies doch die eigentliche Meinung Bekkers —, so stehen wir direct wieder vor der Frage nach dem Rechtssubjecte. Die Frage: wem steht zu, über etwas zu verfügen? unterscheidet sich nur in der Fassung von der andern: wer hat das Recht zu verfügen? oder m. a. W.: wer ist Subject des Verfügungsrechts?

Und ganz dieselben Beobachtungen lassen sich beim „Genießer“ anstellen. Versteht man unter „Genießer“ jeden, der genießen kann, was Inhalt eines Rechts ist, so sind nicht nur „der Hühnerhund Tiras und die Stute

Bellona" mögliche Genießer, sondern namentlich wiederum auch Diebe, Betrüger u. dergl., sofern sie nur nicht vor dem Genusse ertappt werden. Nennt man dagegen nur denjenigen „Genießer", welcher ein Recht hat, zu genießen oder „wem zu genießen zusteht", so ist der Genießer offenbar Subject des betreffenden Genußrechts.

Man kann hiergegen — gerade von Bekkers Standpunkt aus — nicht einwenden, das Wort „Recht" in den Verbindungen „Recht zu verfügen" und „Recht zu genießen" bezeichne gar kein subjectives Recht im technischen Sinne. Denn dasjenige, was nach Bekker dem Verfüger wie dem Genießer zusteht, fällt zweifellos unter Bekkers eigenen Begriff vom subjectiven Rechte. Sowohl die Verfügungsbefugniß wie die Genußbefugniß ist „ein Gewaltverhältniß, das nicht (oder wenigstens nicht allein) beruht auf der eigenen Kraft des Gewalthabers u. s. w."

164. Mit all den vorstehenden Bemerkungen über die Bekkersche Meinung soll übrigens die Unterscheidung von Verfügern und Genießern nicht als schlechthin werthlos gekennzeichnet werden. Reden wir genauer von Verfügungsberechtigten und Genußberechtigten, und beschränken wir diese Bezeichnungen oder vorerst die denselben zu Grunde liegenden Bezeichnungen „Verfügungsrecht" und „Genußrecht" in Gemäßheit des vorigen Abschnitts auf die Fälle, wo wahre Rechtsansprüche, einerseits auf gewisse durch Verfügung herbeizuführende Rechtsfolgen, andererseits auf Gewährung von Genuß oder doch Nichtstörung im Genusse, vorliegen, so haben wir darin eine nicht unwichtige Eintheilung der ubjectiven Rechte. Die volle Bedeutung derselben

kann allerdings erst später klargelegt werden. Vorläufig ist nur darauf aufmerksam zu machen, daß der Begriff „Verfügungsanspruch" genau entspricht den nach Richtung und Inhalt bedingten Ansprüchen, die nach § 158 die rechtliche Voraussetzung eines „rechtlichen Könnens" bilden.

165. Es ist ferner offen zuzugeben, daß Kinder, Wahnsinnige u. s. w. in der That, sei es bezüglich aller, sei es wenigstens bezüglich sehr vieler Rechte, nicht sowohl Rechtssubjecte sind, als vielmehr nur der juristischen Vorstellung so erscheinen oder m. a. W. als Rechtssubjecte nur gedacht werden. Auch meine eigene Ansicht vom subjectiven Rechte fordert, wie schon oben angedeutet, dieses Zugeständniß. Zwar darf ich von Neuem darauf aufmerksam machen, daß ich als Recht im subjectiven Sinne ausschließlich den Rechtsanspruch ansehe, daß solcher nach den früheren Ausführungen (§§ 137. 140 f.) aus einer auch bloß indirecten unbewußten Anerkennung einer Norm (bez. eines ganzen Inbegriffs von Normen) als Gemeinschaftsnorm von selbst folgt, und daß eine derartige Anerkennung bei infantes (vgl. Th. I, §§ 72. 99.), Wahnsinnigen, und zumal Abwesenden und Verschwendern gar nicht unbedingt zu verneinen ist. Aber leugnen kann ich nicht, daß für die erste Kindheit (vgl. Th. I, § 72), für Blödsinnige u. dgl. überhaupt die Annahme irgend welcher, selbst nur instinctiver Anerkennung von Gemeinschaftsnormen bedenklich erscheinen muß. Und was wichtiger ist, es werden in unseren positiven Rechten nicht nur die letzteren Personen, sondern schlechtweg alle Kinder unter sieben Jahren, schlecht-

weg alle Wahnsinnigen u. s. w. als vollständig unzurechnungsfähig behandelt und somit streng genommen auch als unfähig zu einer selbständigen Anerkennung als Gemeinschaftsgenossen, jedenfalls als unfähig einen Verfügungsanspruch zu haben, zu dessen reeller Existenz außer der Anerkennung der betreffenden Norm stets noch die thatsächliche und rechtliche Willensfähigkeit gehört. Wenn sie also trotzdem nach denselben positiven Rechten in gewissem Umfange als rechtsfähig gelten, und demgemäß auch von subjectiven Rechten derselben gesprochen wird, ja selbst allgemeinhin von solchen, zu deren vollem Inhalte auch ein Verfügungsanspruch gehört, so bleibt eben nichts übrig, als zu bekennen, daß sie auch insoweit nur als Rechtssubjecte vorgestellt, gedacht, fingirt werden. Und weiter muß dann zugestanden werden, daß diese Fiction von der Fiction sogen. juristischer Personen sich nur dadurch unterscheidet, daß es bei der letztern auch an einem wirklich existirenden, lebenden Wesen fehlt, das in selbsteigener Gestalt als Rechtssubject vorgestellt werden könnte; ein Unterschied, der in der That sehr gering erscheint, wenn man bedenkt, daß des Abwesenden, insbesondere des Verschollenen Existenz in unzähligen Fällen ebenfalls keine wirkliche, sondern nur noch eine vorausgesetzte, gesetzlich präsumirte*) ist.

*) Ich hoffe, man wird mir zutrauen, daß ich hier den Unterschied zwischen Präsumtion und Fiction nicht übersehen habe. Ausdrücklich will ich nur beifügen, daß ich auch die strenge begriffliche Scheidung zwischen einer praesumtio juris et de jure und einer Fiction für wohlbegründet erachte. Aber darum darf m. E. doch nicht vergessen werden, daß die praktische Wirkung einer praes. jur.

So rückhaltlos ich jedoch alles dies zugestehe, so entschieden muß ich mich verwahren dagegen, daß hieraus eine Unzulänglichkeit des Begriffs „Rechtssubject“ zu folgern und lieber dieser selbst zu opfern, als solche Fictionen beizubehalten seien. Vielmehr scheint es mir an der Zeit, einmal ein Wort einzulegen gegen den gerade von mehreren unserer bedeutendsten Juristen geförderten Aberglauben, daß es eine Aufgabe der Wissenschaft sei, das Arbeiten mit Fictionen schlechthin zu vermeiden.

166. Das Beste, was neuerdings über Fictionen geschrieben ist, findet sich m. E. bei Jhering, Geist des Röm. Rechts III, 1, § 58, S. 293 ff. insbes. S. 297—299 (2. Aufl.). Zuvörderst muß ich demselben — gegen Demelius — darin beistimmen, daß nicht jede Gleichsetzung, die ein neuerer Rechtssatz in Bezug auf einen älteren ausspricht, als Fiction anzusehen ist. Eine Gleichsetzung ist vielmehr nur dann eine Fiction, wenn darin zugleich die

---

et de jure stets, die einer einfachen praes. juris wenigstens dann der Wirkung einer Fiction vollständig gleichkommt, wenn ein Gegenbeweis aus irgend welchem Grunde nicht zu erbringen ist; das Intervall zwischen einer nur präsumirten (in Wahrheit nicht oder nicht mehr begründeten) und einer rein fingirten Existenz ist sachlich Null; nur in der Vorstellung bleibt ein Unterschied bestehen, sofern mit der Präsumtion immer noch der Gedanke der wahrscheinlichen Uebereinstimmung des Präsumirten mit der Wirklichkeit sich verbindet, während der Fiction, sofern sie als solche verstanden wird, das Bewußtsein der Nichtübereinstimmung mit der Wirklichkeit entspricht. Im Uebrigen darf ich auf meinen Artikel „Rechtsvermuthungen“ in Holtzendorffs Rechtslexicon (3. Aufl.) verweisen.

Forderung liegt, etwas irgendwie anders zu denken, als dieses in der Wirklichkeit ist. In der durch einen Rechtssatz ausgesprochenen Gleichstellung des Arrogirten mit dem leiblichen Sohne, in der rechtlichen Gleichstellung der Juden mit den Christen u. s. w. liegt diese Forderung ganz und gar nicht, sondern in der That nur eine Verweisung auf bereits bestehende Rechtssätze.

Der Grund jener Forderung aber, die das Wesen aller Fictionen im obigen Sinne ausmacht, kann nach Ihering ein doppelter sein: theils wird damit die leichtere Anknüpfung eines neuen Rechtssatzes an alles bisherige Recht bezweckt, theils eine Erleichterung der juristischen Vorstellung oder (dürfen wir wohl hinzufügen) der Darstellung.

Der erstere Grund fällt hinweg, sobald sich der neue Rechtssatz vollständig eingebürgert hat; die Fictionen dieser Art haben daher, wie auch ich durchaus nicht verkenne, wesentlich eine historische Function, und das Streben der fortschreitenden Wissenschaft nach Beseitigung derselben ist an sich berechtigt, obwohl auch ihnen gegenüber die Mahnung Iherings immer beherzigenswerth bleibt: besser Ordnung mit Fiction, als Unordnung ohne Fiction.

Die Bedeutung der zweiten Art von Fictionen dagegen erscheint als eine dauernde, vorausgesetzt nur, daß sie ihren Zweck „Erleichterung der juristischen Vorstellung oder Darstellung" wirklich erfüllen. Wenn nichtsdestoweniger die neueren Angriffe auf Fictionen ausdrücklich gegen die Fictionen dieser zweiten Art sich richten, so würde es vor allem Aufgabe der Angreifer sein, zu zeigen, daß sie nicht sowohl eine Erleichterung, als eine Erschwerung oder Verwirrung

der juristischen Vorstellung oder Darstellung mit sich bringen, und zwar, wohlverstanden, auch für diejenigen, welche sich der wahren Bedeutung und Tragweite einer Fiction vollständig bewußt sind. Die wiederholt aufgeworfene Behauptung, daß jede von der Wissenschaft festgehaltene Fiction ein ungelöstes Problem bedeute, ist noch in keiner Weise bewiesen, ja, ein Beweis in dieser Richtung in Wahrheit gar noch nicht versucht worden.

Das treibende Motiv zu solcher Behauptung scheint mir — außer der bisweilen in der That verkehrten Vertheidigung sogen. „dogmatischer Fictionen" — wesentlich die Meinung zu sein, daß die Fictionen überhaupt, etwa vom religiösen Cultus abgesehen, ein der Jurisprudenz eigenthümlicher Nothbehelf seien, der auch dieser letzteren entbehrlich sein müsse, wie er für andere Wissenschaften entbehrlich sei. Allein das gerade Gegentheil ist wahr: die Fictionen bilden ein Hülfsmittel der Arbeit und Darstellung aller möglichen Wissenschaften, und zwar in hervorragendster Weise derjenigen, die mit Recht als exacte bezeichnet werden. Was ist es anders als Fiction, wenn die Astronomie auch heute noch technisch von Sonnenaufgang und -untergang, von Mond- und Sternenaufgang u. s. w. spricht? Und doch würde man es einfach lächerlich finden, wenn Jemand für nöthig erklärte, statt „Zeit des Sonnenaufgangs" künftig zu sagen: die Zeit, wo die Erde so zur Sonne zu stehen kommt, daß die Sonne am Horizont eines bestimmten Ortes sichtbar wird. Und ganz ähnliche Fictionen verwendet in reichster Zahl auf allen ihren Gebieten die Physik. Die ganze sog. reine Mechanik beruht auf einer

rein fictiven Voraussetzung: sie denkt alle Körper gleichmäßig als vollständig starr, obgleich sie sehr wohl weiß, daß in Wirklichkeit dieses Prädicat vollständiger Starrheit keinem Körper eignet. Daß ferner Licht und Farbe, Schall und Ton, Wärme und Kälte nicht sowohl Eigenschaften der Körper, als vielmehr der Empfindungen und Vorstellungen sind, welche mit den Einwirkungen der Außenwelt auf unsere Sinne als Folge verbunden sind, ist gleichfalls keinem ordentlichen Physiker heutzutage unbekannt. Aber es erregt bei Niemand Anstoß, wenn gerade der Physiker von dieser Erkenntniß regelmäßig abstrahirt und ganz ungenirt von farbigen Körpern, von tönenden Saiten, ja sogar von unsichtbarem Lichte und von unhörbaren Tönen redet, will sagen als Eigenschaften oder Thätigkeiten der Dinge fingirt, was nur den Vorstellungen angehört, welche gewisse von den vorgestellten Dingen ausgehende Erregungen der Luft oder des Aethers durch Vermittelung unseres Nervensystems in uns hervorrufen oder hervorrufen würden, wenn unsere sinnliche Receptivität noch weiter reichte, als sie wirklich reicht.

Freilich sprechen die gedachten Wissenschaften in solchen Fällen meistens nicht von einer Fiction, sondern sie lassen sich genügen, am geeigneten Orte zu bemerken, wie sich die Vorstellungsweise, welcher sie hier Ausdruck leihen, zur Wirklichkeit verhält. Und vielleicht wäre es am besten, wenn die neuere Rechtswissenschaft ihnen hierin gefolgt wäre. Dies ändert jedoch nichts in der Sache: in allen obengedachten Fällen wird gefordert oder vorausgesetzt, daß etwas anderes gedacht werde, als es wirklich ist.

Und zwar erkennen dies die Vertreter derjenigen Wissenschaft, die sich ex professo mit den Denkoperationen beschäftigt, mindestens unsere heutigen Logiker, gelegentlich ausdrücklich an, ohne daraus den exacten Wissenschaften irgend welchen Vorwurf zu machen.

Die Frage kann nach alledem auch für den Juristen nicht dahingehen, ob „Fictionen in der Wissenschaft" überhaupt zulässig sind, sondern einzig dahin, unter welchen Voraussetzungen sie zulässig, resp. nicht bloß zulässig, sondern werthvoll sind. Die Antwort hierauf aber ist in der That schon durch die oben aufgestellte Forderung gegeben, daß die Fictionen zur Erleichterung des juristischen Denkens resp. der juristischen Darstellung dienen sollen. Damit ist von selbst ausgeschlossen der Gedanke, der Fiction einen selbständigen Werth beizulegen. Selbständigen wissenschaftlichen Werth haben immer nur Wahrheiten, und ein Gebrauch von Fictionen in der Voraussetzung, daß auch ihnen ein solcher Werth zukäme, müßte sicherlich als unzulässig verworfen werden. Dagegen müssen Fictionen im Allgemeinen für zulässig gelten, wenn sie bloß Hülfsmittel sein sollen für die Verknüpfung bekannter Wahrheiten, oder zur Aufsuchung neuer. Mit anderen Worten: Nur soweit, als ihre Verwendung geradezu schädlich wirken, d. h. zur Annahme nicht bestehender oder zu falscher Auslegung der bestehenden Rechtssätze verleiten würde, haben wir dringenden Anlaß, uns gegen sie zu wehren; dazu genügt aber in den meisten Fällen schon die Erkenntniß der Fiction als Fiction und die genaue Bestimmung ihrer Tragweite, d. h. des Umfangs ihrer Anwendbarkeit. Im

Uebrigen handelt es sich um eine reine Zweckmäßigkeitsfrage. Ein gewisser Grad von Zweckmäßigkeit ist schon durch den Umstand begründet, daß eine Fiction als Fiction im längeren Gebrauche und dadurch eine richtige Verwendung derselben gesichert ist. Aber freilich hat diese Art von Zweckmäßigkeit für sich allein nur geringes Gewicht. Wo daher eine solche Fiction sich auflösen läßt in eine einfache Verweisung (s. oben) oder doch sonstwie in wenige den Zweck der Fiction vollständig erfüllende Rechtssätze — und in der That ist diese Möglichkeit von der Wissenschaft noch nicht genügend ausgenutzt —, da wird es vielmehr zweckmäßig sein, die Fiction fallen zu lassen oder doch wenigstens keinen Werth mehr auf sie zu legen*).

*) Ein geistvoller und jedenfalls sehr beachtenswerther Versuch in dieser Richtung ist die Abhandlung von Bülow, „Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten" (Archiv f. civil. Praxis, Bd. LXII). Aber je rückhaltloser ich dies anerkenne, um so offener darf ich zugleich aussprechen, daß m. E. auch dieser Versuch die Gefahr des daselbst vertretenen principiellen Standpunktes deutlich zeigt; die Verwerfung der Fictionen in der Wissenschaft à tout prix verführt fast nothwendig zur Leugnung von Voraussetzungen, welche das positive Recht wirklich macht, und andererseits zur Aufstellung anderer, die ihm fremd sind. Insbesondere erscheinen mir die Bedenken, welche bereits Wach (in der Grünhutschen Zeitschr. f. d. Privatrecht u. öffentliche Recht, Bd. VI, S. 593ff.) gegen die Leugnung jeder Parteipflicht im Proceß, sowie gegen die Annahme, daß Parteibehauptungen an sich nicht beweisbedürftig seien, sondern es allein durch Bestreiten von gegnerischer Seite werden, nicht unbegründet. Nur gebe ich zugleich Laband (Staatsrecht d. deutschen Reichs III, 2. S. 25) zu, daß von einer Defensionspflicht des Beklagten (im heutigen Processe mindestens) immer nur als von einer Pflicht gegen den Staat (nicht gegen den Kläger) die Rede sein kann; freilich wiederum nicht als von einer Pflicht, sich der Staats-

Dagegen häufen sich die Gründe für fernere Verwendung einer Fiction, je größer der Apparat von besonderen Rechtsvorschriften sein müßte, welcher durch die Verwendung der Fiction erspart wird. Unter allen Umständen verworfen werden muß endlich, sofern es sich um Darstellung geltenden Rechts handelt, jeder Beseitigungsversuch, der zu irgendwie vom geltenden Rechte abweichenden, juristisch-praktischen Consequenzen oder zur Aufstellung neuer, nicht zweifellos zweckmäßigerer Fictionen führt.

167. Treten wir nach dieser Zwischenerörterung abermals an diejenigen Fictionen heran, die uns in dem gegenwärtigen Abschnitte allein interessiren, nämlich die Fictionen von Rechtssubjecten, einmal in Beziehung auf Kinder, Wahnsinnige u. s. w., andererseits in Beziehung auf Personengesammtheiten und Vermögenscomplexe, so kann es meiner Ueberzeugung nach gar keinem Zweifel unterliegen, daß alle obgedachten Gründe für Beibehaltung derselben zutreffen: vollständige Unschädlichkeit wenigstens für die, welche die Fiction als solche offen anerkennen (zumal auch das Maß ihrer Anwendbarkeit nicht streitiger ist, als auch sonst ein-

---

gewalt zu unterwerfen, wohl aber als von einer Pflicht, der auf eine proceßmäßige Aeußerung zur Sache gerichteten Aufforderung der Staatsgewalt, welcher der Beklagte unterworfen ist, Folge zu leisten. Die „Fictionen der Einwilligung" ferner, welche Bülow in § 39 und 241 der D. C.-P.-O. findet, möchte ich überhaupt nicht als Fictionen im engeren Sinne, sondern nur als praesumtiones juris et de jure betrachten. Vollständig zustimmen kann ich dagegen bezüglich dessen, was Bülow beiläufig über die systematische Behandlung des „Publicianischen Rechts" in den Darstellungen des Civilrechts sagt (a. a. O., S. 51).

zelne Rechtsvorschriften streitig zu sein pflegen), ferner die naiv volksthümliche Anschauung, die Uebereinstimmung der Gesetzgebung damit, die Ersparniß zahlreicher besonderer Rechtsvorschriften, die ohne das Hülfsmittel der Fiction erforderlich sein würden.

Umgekehrt aber habe ich den Gegnern der sog. „juristischen Personen" vorzuwerfen, daß sie gerade in den Fehler verfallen, den sie in allererster Linie vermeiden müßten, nämlich an Stelle der durch volksthümliche Anschauung und Gesetzgebung an die Hand gegebenen Fictionen neue, dieser Unterstützung vollständig entbehrende, zu erfinden. Denn in Wahrheit liegen in der Annahme von subjectlosen Rechten und Pflichten, sowie von Zweckvermögen im Brinz'schen Sinne nicht minder Fictionen, als in der Annahme „juristischer Personen". Und was das Schlimmste ist: diese neuen Fictionen werden meist von denen, die sie adoptiren, gar nicht einmal als Fictionen erkannt.

Doch es wird angemessen sein, auf die hier berührten speciellen Streitfragen noch näher einzugehen.

168. Fast alle Argumentationen für die Annahme subjectloser Rechte und Pflichten beruhen auf falscher oder doch unklarer Fragestellung. Nicht das ist die Frage, ob „Rechte ohne Subject" gedacht werden können; zu fragen ist, ob Rechte ohne Subject jemals wirklich Rechte sein können. Ohne Subject gedacht werden kann auch das Subjectivste. Allein aus der Möglichkeit, von dem Subjecte irgend einer Eigenschrft, Beziehung, Thätigkeit u. s. w. im Denken zu abstrahiren, folgt durchaus nichts für die Möglichkeit einer selbständigen Existenz der letz-

teren. Vielmehr ist gar nicht zu bezweifeln, daß Eigenschaften, Beziehungen, Thätigkeiten u. s. w. immer nur existiren (d. h. realiter existiren) als Eigenschaften, die irgend welche Subjecte wirklich haben, — als Beziehungen, in welchen irgend welche Subjecte wirklich stehen, — als Thätigkeiten, die irgend welche Subjecte wirklich üben u. s. w. Und genau dasselbe ist von Rechtsnormen und entsprechend von subjectiven Rechten und Pflichten zu behaupten. Rechtsnormen existiren, d. h. gelten nur da, wo es Subjecte giebt, denen sie wirklich als solche gelten, Rechtsansprüche und Rechtspflichten existiren nur, wenn Jemand da ist, der solche wirklich hat. Was wäre das für ein Anspruch, den Niemand zu erheben berechtigt, — was das für eine Pflicht, zu deren Erfüllung Niemand verpflichtet ist? Oder wenn man etwa meinen sollte, all' diese Argumente gegen die Existenz „subjectloser Rechte" hingen nur zusammen mit meiner Auffassung vom subjectiven Rechte, der möge sich weiter fragen: Was wäre das für eine Macht, die Niemand mächtig macht, — das für ein Willensinhalt, den Niemand will, — das für eine Befugniß, die Niemand gebrauchen darf?

Es giebt freilich einen auf den ersten Anschein sehr gewichtigen Beweisgrund für die Möglichkeit der wahren Existenz subjectloser Rechte: die „Uebertragbarkeit" vieler subjectiver Rechte. In der That, kann ein Recht, ganz so wie es augenblicklich mein Recht ist, von mir auf einen Andern wahrhaft übertragen werden, so ist nicht abzusehen, warum es nicht auf kürzere oder längere Zeit ganz von einem bestimmten Subjecte abgelöst wer-

den und in dieser abgelösten Gestalt wirklich fortbestehen sollte. Schade nur, daß die Uebertragbarkeit der Rechte, die von der herrschenden Doctrin ganz nach Analogie der Möglichkeit, einen Körper von einem Ort nach dem andern zu versetzen, aufgefaßt wird, eben auch nichts weiter ist als eine kleine Fiction. In Wahrheit bekommt der Erwerber des Rechts (wie übrigens mehrfach bereits von Anderen bemerkt worden ist) bei einer sog. Rechtsübertragung, auch bei der Uebertragung dinglicher Rechte, niemals mein Recht, sondern im günstigsten Falle ein völlig gleiches, öfters auch nur ein ähnliches, während das meinige ganz oder theilweise erlischt*). Dazu kommt, daß der angeblichen Ueber-

*) Was in jüngster Zeit Bolze (Der Begriff der jurist. Person, 1879, S. 16ff.) für die Auffassung des subjectiven Rechts als eines auch im Wechsel der Subjecte bleibenden vorgebracht hat, ist allerdings mit der herrschenden Theorie nicht ganz auf gleiche Linie zu stellen, da er von einem wesentlich andern Begriff des subjectiven Rechts ausgeht. Allein in der Verwendung dieses Begriffs für die Lehre von der sog. Rechtsübertragung verfällt er in wesentlich denselben Fehler, den wir der herrschenden Theorie zum Vorwurfe machen mußten. Wohl „lassen wir“, d. h. überhaupt denkende Menschen, öfters „Beziehungen als identisch gelten, wennschon die Personen oder Dinge gewechselt haben, welche in der Beziehung stehen“, und gewiß ist dies auch eine „Anschauung, die der gemeine Mann theilt“. Aber wirklich bleibend im Wechsel der Subjecte sind „Beziehungen“ so wenig, wie persönliche oder sachliche „Qualificationen“. Auch das Beispiel des „Flusses“, welcher „derselbe bleibt, obschon seine Wasserwellen wechseln“, kann das bei genauerer Ueberlegung sehr gut lehren und seine Anführung für die entgegengesetzte Meinung beruht auf einer offenbaren Selbsttäuschung. Gewiß ist „Fluß“ der Ausdruck für ein festes, bleibendes Vorstellungsbild in unserem Innern; was diesem Bilde in der Außenwelt entspricht, ist dagegen gerade die Thatsache des Nichtbleibens, des fortgesetzten

tragbarkeit der meisten Vermögensrechte selbst nach der herrschenden Theorie der Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Pflichten gegenübersteht und der ausnahmsweise — bei der Universalsuccession — angenommene Uebergang von Pflichten auf einen Andern auf einer offenkundigen Fiction beruht, daß also wenigstens die Annahme einer wirklichen Existenz subjectloser Pflichten unter allen Umständen verworfen werden müßte.

169. Wenden wir uns ferner zum Begriff des Zweckvermögens. Derselbe setzt die Fictionen des subjectlosen Rechts und der subjectlosen Pflicht bereits voraus; das Zweckvermögen soll ja eben bestehen aus subjectlosen Rechten und Pflichten, wenigstens nach der Lehre des Entdeckers und Hauptvertreters jenes Begriffs. Damit ist jedoch die Sache noch nicht abgethan. Nicht jeder Inbegriff von Rechten und Pflichten, auch nicht von Vermögensrechten und vermögensrechtlichen Pflichten, ist schon Vermögen im technischen Sinne; vielmehr ist dies dem traditionell-juristischen wie dem gemeinen Sprachgebrauche nach derjenige Inbegriff, der sich ergiebt aus der Beziehung zu ein und demselben Subjecte. Wodurch man nun auch im gegenwärtigen Falle den Mangel eines wirklichen Subjects ersetzen wollen mag, immer wird es einer besonderen Fiction bedürfen. Entweder man fingirt geradezu ein Subject hinzu, — so that die ge-

Wechsels. Das Beispiel beweist also nicht mehr, als was auch ich bereitwilligst zugegeben: daß es im ausgedehntesten Maße möglich ist, Beziehungen wie Eigenschaften zu denken ohne die in Beziehung stehenden Subjecte, d. h. von den letzteren in Gedanken zu abstrahiren, resp. sie in Gedanken zu ersetzen durch andere u. s. w.

sammte ältere Doctrin; oder man sucht eine neue gemeinsame Beziehung zu finden, die einen dem Einzelvermögen analogen Zusammenhang zwischen den sog. subjectlosen Rechten und Pflichten herstellt, — dann wird man immer dazu kommen, dem Medium der Beziehung Eigenschaften beizulegen, die an sich nur wirklichen (nicht bloß logischen) Subjecten zugehören, m. a. W. solche Eigenschaften zu fingiren. Jedenfalls ist es wiederum Fiction, wenn ein Zweck als selbstthätig und für sich existirend, oder wenn Nichtsubjecte als an einen Zweck gebunden gedacht werden. Zwecke existiren immer nur in Subjecten, in Wesen, welche sich Zwecke setzen können; Zwecke sind selbst niemals thätig, sondern werden in Wirklichkeit immer nur gesetzt und verfolgt von lebendigen Subjecten; Zwecke können endlich nicht der unmittelbare Grund einer Gebundenheit von Nichtsubjecten oder gar von Sachen sein, sondern was letztere in einer bestimmten Verfassung erhält, wo sie als an den Zweck gebunden gedacht werden, ist entweder ein dem Zwecke zu Liebe hergestellter Mechanismus, oder ein dem Zwecke dienender Wille.

170. Und nun noch eine kurze Bemerkung zu dem berühmten Witzwort von Brinz, das manchem voreiligen Verdammungsurtheile über die Lehre von den juristischen Personen mehr Vorschub geleistet haben mag, als irgend ein wissenschaftlicher Widerlegungsversuch. Ich bin nicht Philister genug, daß ich mich über den drastischen Vergleich zwischen einer „juristischen Person" und einer „Vogelscheuche" ärgern könnte. Es steckt auch ein gut Stück Wahrheit in dem Vergleiche. Aber Brinz hat nur die eine

Seite der Sache gesehen; er hat nicht gesehen oder nicht sehen wollen, daß die ganze sog. „Lehre von den Personen", wie sie von der Jurisprudenz behandelt wird und allein zu behandeln ist, sich zu einer Lehre, die der vollen Bedeutung dieses Titels entspräche, auch nur verhält wie etwa — um möglichst im Bilde zu bleiben — eine Lehre von den Obsthütern zur „Lehre von den Menschen". Um ernsthaft zu reden: Wäre es Sache der Jurisprudenz, von Wesen und Arten der Persönlichkeit im vollen und ganzen Sinne dieses Wortes zu handeln, so würde in einem solchen Capitel kaum noch ein Platz für die sog. juristischen Personen sein. Allein aus guten Gründen hat sich die Jurisprudenz immer nur mit Personen von einer bestimmten bekannten Art befaßt, und auch mit diesen nur in einer bestimmten beschränkten Beziehung, nämlich nur insoweit, als solche für das Recht selbst als Subjecte von Rechten und Pflichten in Betracht kommen, — nicht mehr und nicht weniger. Ob es nun wohlgethan war, unter Hintansetzung dieser Thatsache den Ausdruck „Person" als eine technische Bezeichnung für „Rechtssubject" oder, richtiger gesagt, für „rechtsfähiges Wesen" zu verwenden, das ist eine Frage, die man immerhin verneinen mag. Wenn wir jedoch diesen juristischen Sprachgebrauch als einmal gegeben voraussetzen, so ist m. E. gegen die Eintheilung in natürliche (wirkliche) und juristische (fingirte) Personen bloß das Eine zu sagen, daß hierdurch der Schein erweckt wird, als wenn infantes, Wahnsinnige u. s. w. ganz ebenso rechtsfähige Wesen *seien*, wie die positiv mitanerkennenden Rechtsgenossen, und daß demzufolge der Gegensatz zwischen den letzteren und den sog.

juristischen Personen als ein viel schrofferer erscheint, als wenn jenes wichtige Mittelglied volle Berücksichtigung findet*).

171. Bei alledem will ich keineswegs behaupten, daß die ältere Lehre von den juristischen Personen, wie sie seit Savigny in den meisten Lehrbüchern vorgetragen worden ist, keiner Verbesserung fähig sei. Im Gegentheil, ich halte die gegen sie gerichteten Angriffe, soweit sie nicht auf Verwerfung fingirter Rechtssubjecte überhaupt hinauslaufen, für großentheils berechtigt.

Auch Savigny schreibt bekanntlich dem „Zwecke" selbst, welchem Vereine oder Stiftungen dienen sollen, Eigenschaften

---

*) Darum ist auch durchaus unbegründet, was Demelius (Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 81) gegen die Schlußfolgerung sagt: „Nur Personen können Gläubiger sein; milde Stiftungen können Gläubiger sein; also sind sie Personen." Den Obersatz bildet hier vielmehr ein nach dem im Texte Bemerkten ganz unwiderlegliches, rein analytisches Urtheil: „Nur ein rechtsfähiges Wesen kann Gläubiger sein", oder, was dasselbe besagt: „Nur wer überhaupt Rechte haben kann, kann Forderungen haben." Wohl aber ist die zweite Prämisse falsch oder wenigstens zweideutig ausgedrückt, die Demelius selbst dann zum Obersatz seines eigenen Schlusses macht. Milde Stiftungen können in Wahrheit niemals „Gläubiger sein" oder „Forderungen haben", sondern sie können immer nur als Gläubiger, als Forderungen habend, vorgestellt werden. Die gewöhnliche Doctrin leugnet dies indessen auch gar nicht; der Sinn des ihr in den Mund gelegten Satzes ist vielmehr bloß: in dem positiven Rechte werden die milden Stiftungen in gewissem Grade vorgestellt und behandelt als Gläubiger und bez. Schuldner. Und daraus folgt dann in der That, daß die milden Stiftungen im positiven Rechte in einem gewissem Umfange als rechtsfähige Wesen vorgestellt und behandelt werden.

und Zustände zu, wie sie in Wahrheit nur Subjecten zukommen; ja er thut dies in noch rücksichtsloserer Weise als die Lehre vom Zweckvermögen. Freilich zeichnet sich seine Lehre vor letzterer dadurch vortheilhaft aus, daß er wenigstens nicht sich und Andere über die Thatsache der in ihr liegenden Fiction täuscht. Und damit ist die erste und oberste Bedingung erfüllt, die wir für die Verwendbarkeit einer Fiction stellen mußten (§ 166). Dagegen entspricht die Savigny'sche Auffassung durchaus nicht allen übrigen Forderungen, die sich uns bezüglich der Zweckmäßigkeit einer Fiction ergeben. Insbesondere erscheint sie nicht nahe gelegt durch eine unbefangene Betrachtung derjenigen positiven Rechte, die unsere Aufmerksamkeit in erster Linie in Anspruch nehmen, weder des römischen, das Savigny unmittelbar im Auge hatte, noch des deutschen und canonischen, noch der modernen ausländischen.

Was sie hervorgebracht, ist das ziemlich unmotivirte Streben, alle juristischen Personen über Einen Kamm zu scheeren, verbunden mit dem so oft ausgesprochenen, aber kaum weniger oft zu falschen Schlußfolgerungen benutzten Gedanken, daß das Wesen einer Sache durch ihren Zweck bestimmt sei. Nur daraus erklärt sich der Sprung von der richtigen Erkenntniß, daß der Zweck bei allen juristischen Personen eine bestimmende Rolle spiele, zu der Personification des Zweckes selbst. Das natürliche menschliche Bewußtsein und die darauf ruhenden positiven Rechtsbestimmungen verkennen neben der Thatsache, daß sowohl Vereine oder Corporationen, wie Stiftungen und andere Vermögenscomplexe, sammt und sonders durch ihren Zweck bestimmt

werden, doch nicht die andere Thatsache, daß die Rolle, welche der Zweck bei jeder dieser beiden Klassen von juristischen Personen spielt, genauer betrachtet, eine ganz verschiedene ist, fast so verschieden wie die Rolle, welche der Zweck einerseits für die lebendigen, Zwecke sich setzenden und verfolgenden Menschen, andererseits in der einem bestimmten Zwecke dienenden, weil für diesen Zweck construirten Maschine spielt. Und ebendarum ist auch das natürliche Bewußtsein wie das positive Recht dem Gedanken fern geblieben, als wenn die Vereins- und Stiftungszwecke selbstthätige, wirkende Wesen wären, und nicht vielmehr etwas von uns, von lebendigen Menschen, und zwar in verschiedener Weise Gesetztes und Erstrebtes.

Hieraus folgt zugleich: Jede Theorie über fingirte Rechts- und Pflichtensubjecte muß mit dem Zugeständniß beginnen, daß die Corporationen oder Vereine im technischen Sinne*) eines-

*) Ich nenne hier Corporationen (im weiteren Sinne) oder Vereine, wie schon in Th. I, § 88, S. 120, alle Gemeinschaften von nur generell bestimmten Mitgliedern. Wenn Stobbe (Handbuch des deutschen Privatrechts I, S. 333, n. 1) bemerkt, „es könne auch Corporationen mit sehr kleiner Mitgliederzahl und mit Unveräußerlichkeit der Mitgliedschaft geben, Gesellschaften, welche ihren Zweck in Form einer einfachen Societät befriedigen könnten, aber die corporative Vereinigung vorziehen", so ist hierzu zuvörderst zu bemerken, daß „sehr kleine Mitgliederzahl" und „Unveräußerlichkeit der Mitgliedschaft" auch mit unserem Vereinsbegriffe nicht nothwendig im Widerspruch stehen; vielmehr würde ein Widerspruch erst dann eintreten, wenn die betreffende Gesellschaft trotz der „corporativen Vereinigung" daran festhielte, daß mit dem Ausscheiden eines einzigen alten (z. B. durch Tod) oder mit dem Zutritte eines neuen Mitgliedes die bisherige Gesellschaft zu existiren aufhören und eine neue beginnen müßte. Andererseits ist zuzugeben, daß die juristische Behandlungsweise,

theils, die Stiftungen und was daran hängt anderntheils, eine gesonderte Behandlung erheischen.

172. Das zuletzt verlangte Zugeständniß ist neuerdings bereits öfter gemacht worden. Wenn sich aber damit meist der Gedanke verbindet, daß dadurch wenigstens für die eine Klasse der sog. juristischen Personen alle Fiction aus der Welt geschafft werde, so beruht dies ebenfalls auf einer Selbsttäuschung.

Die Begriffe „Verein" und „universitas" stellen sich zunächst freilich als ganz gewöhnliche Collectivbegriffe dar, welchen „Vereinigung" und „unio", nicht nur als Ausdrücke für den Entstehungsact, sondern vor Allem auch als die correspondirenden Relationsbegriffe zur Seite stehen. Das will sagen: die letzteren bezeichnen nicht nur den Vorgang, in welchem eine Mehrzahl von Menschen durch An-

---

welche die Vereine in unseren Rechten gefunden, speciell die Verwendung der Personengesammtheit als Rechtssubject, auch ganz oder theilweise vom Rechte übertragen werden kann auf Gemeinschaften von streng individueller Bestimmtheit; allein dies ist kein Grund, diese selbst für Vereine anzusehen, anstatt als Nichtvereine, die ganz oder theilweise den Vereinen analog behandelt werden.

Als Corporationen im engeren Sinne empfiehlt es sich m. E., die vom Staate (besonders oder allgemein gesetzlich) als „juristische Personen" anerkannten Vereine zu bezeichnen. Wenigstens steht dies in Uebereinstimmung mit dem bereits ziemlich weitverbreiteten, von der Reichsgesetzgebung adoptirten Sprachgebrauche, der von „Erlangung der Corporationsrechte" für Vereine, z. B. für neue Innungen (Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869, § 97), für religiöse Vereine, u. s. w. spricht. Ueber die Bedeutung der staatlichen Anerkennung als „juristische Person" s. später die Schlußbemerkungen in § 174.

erkennung gewisser Normen zu einem gewissen Zwecke sich vereint, sondern auch das hiermit begründete Verhältniß der vereinten Vielen zu einander; dagegen bezeichnet „Verein (universitas)" die Summe der Vielen, sofern sie als in diesem Einen Verhältniß stehend, d. h. als „vereint" erscheinen. Nun ist zuzugeben, daß es nicht schlechthin unmöglich ist, sowohl die sämmtlichen inneren Vereinsverhältnisse als reine Verhältnisse zwischen den generell in mannigfacher Abstufung bestimmten Vereinsgliedern (gleichwie dies von uns in den §§ 144 ff. dargelegt), als auch die sämmtlichen Verhältnisse des Vereins nach außen entweder als Verhältnisse der vereinten Vielen zusammen oder als Verhältnisse einzelner, besonders qualificirter Vereinsglieder zu Nichtmitgliedern aufzufassen. Ja, es ist wohl sogar unleugbar, daß diese Auffassung für nicht wenige Vereine, auch für gar manche Staaten, besonders die streng theokratischen und patriarchalischen, der Anschauung der Genossen und den darauf ruhenden positiven Rechtssätzen völlig oder doch großentheils entspricht. Aber ebenso gewiß ist diese Auffassung der Vereinsverhältnisse in dem gemeinen Bewußtsein und dem positiven Rechte moderner Völker, wie auch des classischen Alterthums ersetzt oder doch zurückgedrängt durch eine andere. An Stelle einer annähernd gleichen Behandlung steht hier die gegensätzliche Behandlung von Societät und Personengesammtheit: während für die Societät durchweg die Erkenntniß entscheidet, daß das Ganze, die Gemeinschaft, immer nur besteht in den seine Theile bildenden Subjecten, wird die Personengesammtheit in mehr oder minder ausgedehntem Maße gedacht und behandelt als eine be-

griffliche Einheit, der man in analoger Weise Rechte und Pflichten zuschreibt, wie den realen Einzelsubjecten. Und eben darin liegt schlechterdings eine Fiction, man mag sich drehen und wenden, wie man will. Denn wirkliche Rechte und Pflichten haben, d. h. direct oder indirect als seine eigenen Rechtsansprüche und Rechtspflichten anerkennen, kann offenbar etwas bloß Begriffliches niemals.

Insbesondere kann ich auch die Meinung nicht gelten lassen, die römische Jurisprudenz habe bei ihrer Construction der Vereinsverhältnisse jede Fiction vermieden, indem die universitas personarum von ihr „nicht für eine Person erklärt werde, sondern einfach praktisch an Stelle einer Person stehe, wie eine Person behandelt werde" (Bruns in Holtzendorffs Rechtsencyclopädie, 3. Aufl., S. 358). Nicht als wenn ich nachträglich leugnen wollte, was ich vorher (§ 166) selbst zugestanden, daß nicht jede Gleichstellung oder Gleichbehandlung schon eine Fiction enthalte. Ich gebe vielmehr bereitwilligst zu, daß der Ausdruck „vice alterius fungi" nicht schon an sich eine Fiction enthält, wiewohl stets eine Gleichstellung (in bestimmter Beziehung). So liegt in dem von Bruns herbeigezogenen Beispiele des Jovis vice fungirenden Kaisers in der That ebenso wenig eine Fiction, wie in dem von Böhlau (Rechtssubject und Personenrolle 1871, S. 11) angeführten Beispiele des domini vice fungirenden Gutsverwalters. Allein in diesen Fällen ist, genauer betrachtet, auch der Sinn des vice alicujus fungi ein ganz anderer als in dem Satze: universitas personae vice fungitur. Eine wirklich existirende Person kann auch wirklich an die Stelle treten, die sonst eine andere Person

einzunehmen pflegt oder doch bisher eingenommen hat, und sie kann dann eben an dieser Stelle thun, was sonst diese andere that. Ein bloßer Begriff dagegen, wie „universitas“ doch auch nach der Meinung von Bruns ist, kann überhaupt niemals in der Außenwelt, sondern immer nur in unserm Bewußtsein eine Stelle einnehmen, also auch nur in unserm Bewußtsein zeitweilig an die Stelle eines andern Begriffs treten, resp. von uns dahin gesetzt werden. Und zwar kann er dies in beliebiger Weise nur dann, wenn er demjenigen, mit welchem er seine Stelle tauscht, völlig gleichwerthig, oder, was dasselbe besagt, die für beide gebrauchten Ausdrücke synonyme sind. In allen andern Fällen hat die Vertauschung nur Sinn, wenn ein als minder passend erkannter Begriff durch einen geeigneteren ersetzt wird. Geschieht dies in der Erkenntniß, daß der in die betreffende Gedankenverbindung neu eingeführte Begriff den erkannten Thatsachen besser entspricht, als der bisher gebrauchte, so ist der letztere für diese specielle Gedankenverbindung wissenschaftlich völlig beseitigt. Geschieht diese Vertauschung dagegen trotz der Erkenntniß, daß die unmittelbare Aufnahme des neuen Begriffs in jene Gedankenverbindung den Thatsachen, die an sich von dem neueingeführten Begriff vorausgesetzt werden, widerspicht, geschieht sie mit andern Worten bewußter Weise so, als wenn die vertauschten Begriffe identische wären, obgleich sie es anerkanntermaßen nicht sind, so haben wir zweifellos eine Fiction vor uns. Nun liegt klar auf der Hand, daß die Vertauschung der Begriffe von persona und universitas personarum nur unter den letzten Gesichtspunkt gebracht werden kann. Denn iden-

tisch sind die zwei Begriffe sicherlich nicht; und noch weniger kann davon die Rede sein, daß der Begriff der persona durch den der universitas personarum als durch einen wirklich oder vermeintlich den Thatsachen entsprechenderen ersetzt werde oder umgekehrt dieser durch jenen. Vielmehr handelt es sich um eine Erweiterung von Gedankenverbindungen, in denen bisher nur Einzelpersonen eine Rolle spielten, dadurch daß in größerem oder geringerem Umfange einfach der Begriff der Personengesammtheit an Stelle des Begriffes der Person gesetzt wird, obgleich der wahre Inhalt der beiden Begriffe dies ausschließen würde. Der Zweck oder Nutzen dabei aber ist die Ersparniß eines umfassenden Apparats von besonderen Rechtsbestimmungen, die andernfalls erforderlich sein würden, um die gleichen praktischen Bedürfnisse zu befriedigen und damit zugleich eine größere Uebersichtlichkeit der Rechtsordnung im Ganzen.

173. Mit dieser fictiven Gleichsetzung von Personengesammtheit und Einzelperson (oder realem Subject), welche nothwendig zu Grunde liegt jeder auch noch so beschränkten Behandlung der ersteren als Eines Subjects von Rechten und Pflichten, verbindet sich übrigens — wie eine nähere Betrachtung der inneren Vereinsverhältnisse ergiebt — noch eine zweite, bisher ganz unberücksichtigt gebliebene Fiction*).

*) Sie ist übrigens nicht bloß von uns bisher bei Seite gelassen, sondern überhaupt bis jetzt, so viel mir bekannt, vollständig übersehen worden. Zum guten Theil mag dies seinen Grund darin haben, daß die inneren Vereinsverhältnisse nur zu oft über den äußeren ungebührlich vernachlässigt worden sind. Aber auch von denjenigen

Wir haben in § 145 gezeigt, daß die Rechte und Pflichten von Vereinsgliedern als solche in zwei Gruppen zerfallen: erstens solche Rechte und Pflichten, die ein Vereinsgenosse gegen jedes andere Vereinsmitglied für sich, zweitens solche, welche ein Vereinsgenosse nur gegen alle andern Genossen zusammen hat. Und zwar sind wir zu diesem Resultate gelangt auf dem Wege streng logischer Entwickelung. Aber ich habe auch aus gutem Grunde bereits in § 146 auf die Lehre von den juristischen Personen hingewiesen als auf diejenige, welche in der allgemeinen juristischen Vorstellung der zweiten Art von Vereinsrechten und Vereinspflichten ein etwas verändertes Aussehen giebt. Diese Veränderung besteht in erster Linie darin, daß die Gesammtheit aller der Genossen, welche zusammen einem einzelnen Genossen als berechtigt oder verpflichtet gegenüber stehen, identificirt wird mit der Gesammtheit der Genossen überhaupt. Daß diese Identificirung schon für sich eine Fiction enthält, indem hierbei der einzelne Genosse, dessen Vereinsrechte und -pflichten ins Auge gefaßt werden, zugleich auf der Gegenseite des Verhältnisses mitgezählt erscheint, ist klar; aber ebenso sehr liegt auch der Vortheil dieser Fiction auf der Hand. Nennen wir, um dies noch deutlicher zu machen, die einzelnen Genossen S^1 S^2 S^3 . . . S^x, und die

Juristen, die sich neuerdings um Erforschung römischer und deutscher Vereinsverhältnisse hervorragende Verdienste erworben haben, wie insbesondere A. Pernice und Gierke, ist die demnächst zu erörternde Fiction (die mit der Fiction der Gesammtheit als Ein Subject nicht verwechselt werden darf) übersehen worden.

Gesammtheit derselben entsprechend xS, so besteht nach dem Obigen unsere gegenwärtige Fiction darin, daß statt $xS-S^1$ $xS-S^2$, $xS-S^3$, u. s. f. bis $xS-S^x$, ein- für allemal xS gesetzt, d. h. von dem streng genommen jedes Mal in Abzug zu bringenden und jedes Mal verschiedenen Einen Genossen, welcher der Gesammtheit der Andern gegenübersteht, völlig abgesehen wird. Zulässig ist dies, weil es praktisch zu ganz demselben Resultate führt; vortheilhaft aber ist es, theils weil es den Ueberblick über die eine große Gruppe von Vereinsverhältnissen unendlich vereinfacht, wenn die eine Seite in allen Verhältnissen identisch (nicht bloß gleichartig) ist, theils weil eben hierdurch der Unterschied von der andern Gruppe von Vereinsverhältnissen um so schärfer hervorgehoben wird.

Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung, daß die zuerst besprochene Fiction der Gesammtheit als Ein Subject (die fictive Gleichsetzung von Personengesammtheit und Einzelperson), um für die inneren Vereinsverhältnisse nutzbar gemacht zu werden, unsere zweite Fiction nothwendig voraussetzt, da ohne dieselbe jedem Genossen gegenüber ein besonderer Personencomplex (dem S^1 gegenüber $xS-S^1$, dem S^2 gegenüber $xS-S^2$ u. s. w.) als Gesammt-Subject fingirt werden müßte.

174. Ob oder inwieweit die erörterten Fictionen bisher schon erkannt worden sind von denen, die sich ihrer bedienten, ist für die Thatsache der Fiction — im gegenwärtigen wie in jedem andern Falle — völlig gleichgültig. Ein sachlicher Unterschied zwischen einem „bewußten,

raffinirten, fachmäßigen Producte des Jurisprudenz" und dem Producte eines naiven, volksthümlichen Gestaltungstriebes, welchen Brinz neuerdings (Pandecten, 2. A., I, S. 195) so energisch betont hat, um den „vermögensrechtlichen Personificationen" die Fictionenqualität absprechen zu können, besteht einzig für die, welche das Wesen solcher Personificationen noch nicht erkannt haben, ja überhaupt den Widerspruch derselben mit den Thatsachen noch nicht ahnen. Sobald dieser Widerspruch irgend begriffen und trotzdem dieses „Product des naiven Gestaltungstriebes" noch ferner „hingenommen" und praktisch verwerthet wird, gehört dasselbe ganz ebenso unter den Gesichtspunkt der Fiction, wie das raffinirteste Product juristischer Fictionsmethodik.

Noch mehr: ich wage zu behaupten, daß gerade die ungenügende Beachtung dieser Wesensgleichheit bei jenen dem naiven, volksthümlichen Bewußtsein entnommenen Fictionen, und wiederum speciell bei der Auffassung der Vereine als juristische Personen, zu bedenklichen Verirrungen geführt hat, wie sie bei den künstlich erzeugten Fictionen von Anfang an vermieden worden sind. Bei den letzteren hat kaum Jemand daran gezweifelt, daß sie stets nur so weit reichen, als sie gerade reichen sollen; daß mithin Consequenzen niemals schlechtweg aus dem gezogen werden dürfen, was fingirt ist, sondern immer nur unter strengster Einhaltung der Grenzen, die durch den Willen des Fingirenden gegeben sind; bei den ganz oder halb unbewußten Fictionen muß offenbar, sobald sie als Fictionen erkannt sind, das Gleiche gelten, und doch wird es hier immer wieder übersehen. — Nur aus solchem Uebersehen erklären sich die Bedenken,

welche wiederholt gegen die Zusammenfassung der römisch-rechtlichen universitas und der deutsch-rechtlichen Genossenschaften unter dem Gesichtspunkte der juristischen Personen geltend gemacht worden sind. Sie würden berechtigt sein, wenn mit der Thatsache der Fiction eines Vereins als Subject zugleich der Umfang der Anwendung gegeben wäre; und sie sind darum in der That berechtigt gegenüber denjenigen, welche fälschlicher Weise Verein und universitas derartig identificiren, daß sie auf den ersteren Begriff alles übertragen, was speciell das bürgerliche Recht der Römer über universitates personarum bestimmt. Sie erscheinen dagegen als müßig, sobald man sich klar macht, daß die Tragweite einer jeden Fiction, und so auch die Tragweite der uns hier interessirenden Fiction, nicht für alle Fälle, auf die sie verwandt wird, eine durchaus gleichmäßige, sondern vielmehr genau so mannigfaltig ist oder doch sein kann, als es die für die einzelnen Fälle, hier also für die verschiedenen Personengesammtheiten, geltenden Rechte (im objectiven Sinne) sind.

Dieselbe Erkenntniß beseitigt andererseits mit einem Schlage die Nothwendigkeit, besonders zu begründen, warum Personengesammtheiten trotz der Fiction als „juristische Personen" gewisse Rechte und Pflichten, welche den natürlichen, wirklichen Personen allgemein zuzukommen pflegen, niemals haben, d. h. auch in unserer Vorstellung nicht haben. Sie haben sie einfach darum nicht, weil jene Fiction in den positiven Rechten, die wir dabei in Betracht ziehen, sich auf diese Rechte und Pflichten nicht mit erstreckt. Es fällt eben keinem Rechte ein, zu fordern oder

vorauszusetzen, daß Personengesammtheiten in jeder Beziehung als Personen vorgestellt werden, sondern die wirklich geforderte Vorstellung ist stets eine auf bestimmte Beziehungen beschränkte, und eine Erstreckung über diese durch das Recht selbst bestimmten Beziehungen hinaus, eine Auffassung der Personengesammtheiten als Personen schlechtweg, ist geradezu rechtswidrig. Alle Angriffe, welche an die mancherlei Ausnahmen von einer schlechthinnigen Personification anknüpfen, sind daher nur insoweit begründet, als die Angegriffenen principiell eine schlechthinnige Personification annehmen, statt sich mit einer durch praktische Ziele bestimmten und demgemäß durch das Recht selbst begrenzten zu begnügen.

Endlich ist durch die obige Bemerkung auch die immer noch bestehende Streitfrage erledigt, ob ein Verein, um als juristische Person zu gelten, der Genehmigung des Staats bedürfe. Geltendes Recht nämlich giebt es — wie früher ausgeführt — für die meisten Vereine ein doppeltes: das Recht des Staats, in welchem der Verein besteht, und das von den Vereinsgenossen anerkannte, das Vereinsleben selbst regelnde Recht, gleichviel ob das letztere als nach der Intention der Genossen dem staatlichen Rechte subordinirt, oder bloß als diesem subsumirt, oder umgekehrt als diesem widersprechend oder doch wenigstens nicht subsumirbar erscheint. Soweit nun die Wirksamkeit dieses letzteren Rechts (des inneren Vereinsrechts) reicht, soweit kann dasselbe natürlich auch mit Erfolg Gebrauch machen von der Fiction des Vereins als Person. In Wahrheit geschieht dies auch fast in jedem noch so unbedeutenden Privatvereine; die Kasse, die durch Capitalausleihung erworbenen Forderungen, die

contrahirten Schulden werden von den Vereinsgenossen und -beamten kurzweg als Kasse, Forderungen, Schulden des Vereins angesehen, der Vorstand oder Ausschuß als Organ des Vereins u. s. w. Ob oder in welcher Ausdehnung dagegen die gleiche Anschauung Platz greift vor den Gerichten des Staates, hängt ausschließlich ab von dem Rechte des letzteren selbst. Wo dieses, wie das römische, die gedachte Anschauung in Bezug auf Vereine, deren Zwecke erlaubte sind, vollständig theilt, so kann die Frage, ob staatliche Genehmigung zur Erlangung der Corporationsrechte erforderlich, überhaupt nicht entstehen. Wo dagegen im bürgerlichen Rechte neben diese Auffassung noch eine oder mehrere andere treten, oder umgekehrt das innere Vereinsrecht so abweichende Wege geht, daß seine Bestimmungen nicht mehr unter die allgemeinen des bürgerlichen Rechtes passen, ohne doch irgend etwas Staatsgefährliches zu enthalten, da muß jene Frage nothwendig auftauchen. Und natürlich kann sie nur gelöst werden durch das staatliche Recht selbst, — sei es in Gestalt genereller Bestimmungen über die Bedingungen, unter denen ein Verein als juristische Person in dem und dem Sinne und Umfang anzusehen, d. h. auch im Staate und von seinen Organen so zu behandeln ist, wie dies nach seinem (dem staatlichen) Rechte aus der Bezeichnung als juristische Person oder Corporation folgt, — sei es durch ein privilegium im eigentlichen Sinne des Wortes.

175. Anders steht es mit den Stiftungen und ähnlichen universitates bonorum. Was die in diese Kategorie

gehörigen Rechtsbildungen gemeinsam charakterisirt, ist ausschließlich die Annahme eines Vermögens und damit auch die Annahme von Rechten und Pflichten ohne wirkliches Subject. Insoweit hat die Doctrin vom Zweckvermögen vollkommen Recht, und ich habe dies auch bei den Erörterungen des § 169 durchaus nicht verkannt, vielmehr nur energisch darauf hingewiesen, daß schon in dieser Annahme, gleichwie in der weiteren Ausführung Fictionen enthalten sind, die vor allen Dingen offen als Fictionen anerkannt werden müßten. Andererseits ist jene Annahme nicht zu entbehren, wenn man nicht überhaupt den Begriff der Stiftung und alle ähnlichen aus der Welt schaffen will. Wohl aber bleibt die zweifache Frage übrig:

1) Ist es natürlicher und einfacher, den Mangel eines wahren Subjects zu dem gedachten Vermögen im Gedanken dadurch auszugleichen, daß man ein Subject hinzufingirt, dem dann die Rechte und Pflichten, die das Vermögen ausmachen, zugeschrieben werden, oder dadurch, daß man diese Rechte und Pflichten sammt und sonders (gleichwie die Sachen, auf welche sich Rechte wie Pflichten beziehen) als Dinge denkt, und dann weiter diese Dinge als gehörig für Zwecke oder gebunden an Zwecksatzungen?
2) Welche der beiden Fictionenreihen entspricht am meisten den positiven Rechten, die für unsere Rechtswissenschaft vornehmlich in Betracht kommen?

176. Ich kann nicht umhin, diese beiden Fragen — wenn auch nicht in völliger Uebereinstimmung, so doch in Annähe-

rung an die ältere, wohl auch jetzt noch als herrschende zu bezeichnende Lehre — zu Gunsten der ersteren Fictionenreihe zu beantworten.

Es wird sich schwerlich leugnen lassen, daß etymologisch und sprachgebräuchlich — auch nach dem Sprachgebrauche des Rechts und der Nationalökonomie — der Vermögensbegriff stets die Beziehung auf ein Subject in sich schließt. „Vermögen" ist ursprünglich alles, „was Einer vermag". In einem engeren Sinne verstehen wir darunter „was Einer (oder auch eine Personengesammtheit) in wirthschaftlicher Beziehung vermag", und eben dies ist rechtlich nichts anderes als die Summe seiner Ansprüche und Pflichten, soweit solche einer wirthschaftlichen Werthschätzung unterworfen werden können. Bedingung für die unmittelbare Verwendung des Vermögensbegriffs ist mithin, daß Einer, d. h. ein lebendiger Mensch (oder ein Verein lebendiger Menschen, § 172) wirklich da, bez. wenigstens für unsere Vorstellung vorhanden ist, dessen ökonomische Ansprüche und Pflichten summirt und verglichen werden können.

Will man nun aus irgend welchen praktischen Gründen den Vermögensbegriff auf Fälle anwenden, in welchen gerade diese Bedingung nicht an und für sich schon zutrifft, und will man dies thun, ohne den Begriff selbst gleichzeitig umzuwandeln, so kann es nur durch eine Fiction geschehen, durch welche speciell das in den fraglichen Fällen thatsächlich Fehlende hinzugedacht wird, das will sagen, durch die Vorstellung eines Subjects, das nichts weiter ist und sein soll, als eben Subject des angenommenen Vermögens*).

*) Hiermit ist der Gegensatz zu der auch beim Verein vorhandenen

Von selbst versteht sich dabei, daß auch die als Inhalt des Vermögens zu denkenden, dem bloß gedachten Subjecte zugeschriebenen Rechtsansprüche und Rechtspflichten ebenfalls nur in der Vorstellung Anderer und nicht in der Weise wirklich bestehen, wie die Rechtsansprüche und Rechtspflichten bewußt anerkennender Menschen. Allein diese Eigenschaft theilen sie nicht nur mit den Rechten und Pflichten von Vereinen als solchen, sondern auch, wie in § 165 gezeigt, mit den Rechten und Pflichten von Kindern, Wahnsinnigen u. s. w.; auch diesen werden Rechte und Pflichten nur in der Vorstellung Anderer beigelegt, und der Unterschied von dem Falle der sog. juristischen Personen besteht nur darin, daß in dieser Vorstellung (der Anderen) als Subject des Zugedachten (der Rechte, Pflichten, Vermögen) ein wirklich existirender Mensch gedacht wird, während bei den juristischen Personen auch als Subject des Zugedachten ein bloß Vorgestelltes erscheint*).

Fiction am schärfsten bezeichnet. Die Personengesammtheit als Einheit ist zwar auch nur ein „rein ideeller Begriff", aber es ist ein Begriff, dem auch dann, wenn wir damit nicht den Begriff eines besonderen Subjects von Rechten und Pflichten verknüpften, eine gewisse Bedeutung zukommen würde. Jedenfalls hat er seinen eigenthümlichen Inhalt, und die Fiction der Personengesammtheit des Vereins als Subject von Rechten und Pflichten ist nicht bloß dazu da, die Anwendung des Vermögensbegriffs möglich zu machen. Sie besteht vielmehr schon ohne alle Rücksicht auf die Annahme eines Vermögens, und eben darum — aber auch nur in diesem Sinne — war es möglich, in Betreff der unmittelbaren Verwendbarkeit des Vermögensbegriffs neben dem einzelnen lebendigen Menschen (als Vermögenssubject) sofort die Personengesammtheit oder den Verein zu nennen.

*) Was Brinz (Pandecten, 2. Aufl., S. 198) gegen den schon

Zuzugeben ist der gegnerischen Ansicht, daß der Zweck, an welchen das vorgestellte Subject gebunden gedacht wird, das Hauptmotiv liefert für die Fiction einer Summe von Rechten und Pflichten ohne wirkliches Subject. Dagegen den Zweck einfach an die Stelle des Subjects setzen zu

---

von Puchta ausgesprochenen, wesentlich gleichen Gedanken bemerkt, beruht ebenso, wie die Einwendungen der von ihm Citirten, auf einer Verkennung von zwei ziemlich handgreiflichen Thatsachen. Erstens ist klar, daß „Vermögen" im juristisch-ökonomischen Sinne immer nur ein Begriff für eine Gesammtheit von Vermögensrechten und -pflichten als Einheit ist — ganz ähnlich, wie der Begriff der Personengesammtheit als Einheit —, also nichts wirklich Existirendes, wie der einzelne Mensch oder (wenigstens der gemeinen Meinung nach) die einzelne Sache. Zweitens versteht sich von selbst, daß die zu einem Stiftungsvermögen gerechneten, der Stiftung als fingirtem Subjecte zugeschriebenen Rechte und Pflichten ganz ebenso nur in der Vorstellung Anderer, nämlich wirklich lebendiger Menschen existiren, wie das hinzufingirte Subject. Am allerwenigsten fällt es mir selbst ein, dies bestreiten zu wollen, da ein bloß gedachtes Subject natürlich niemals Rechtsnormen und damit Rechte und Pflichten für sich und Andere anerkennen kann. Dies vorausgesetzt aber ist auf das Brinz'sche Hut- und Haken-Argument einfach zu erwidern: So gewiß „wir unsere Hüte nicht an einen Haken hängen können, den wir an die Wand denken", so zweifellos ist es, daß wir die Vorstellung „Hut" nicht nur mit einem vor unseren Augen befindlichen wirklichen Haken, sondern vollkommen logisch auch mit einem gemalten oder bloß gedachten Haken in Verbindung setzen können. Im Uebrigen hinkt der Vergleich insofern, als Rechte und Pflichten unter allen Umständen bloß im Geiste lebendiger Menschen existiren; daher es möglich ist, daß auf der einen Seite, wo wirkliche Normenanerkennung stattfindet, wirkliche, d. h. wirklich anerkannte Rechte und Pflichten erscheinen, während auf der anderen Seite, wo nur von Anderen ein Subject hingedacht wird, die correspondirenden Pflichten und Rechte ebenfalls nur als von Anderen hingedachte resp. durch Andere zu erfüllende und auszuübende sich darstellen.

wollen, heißt den hergebrachten Vermögensbegriff überhaupt vernichten, ohne ihn durch einen klaren, neuen Vermögensbegriff entbehrlich zu machen.

177. Mit der ersteren Vorstellungsweise, und nicht mit der zweiten, stimmt ferner überein der römisch-rechtliche Satz: hereditas personae vice fungitur. Wenn man behauptet, hier sei nur von einer Function der Erbschaft an Stelle einer Person die Rede, die Erbschaft werde nicht als Person fingirt, sondern nur wie eine Person behandelt, so ist hiergegen einfach das in § 172 Bemerkte zu wiederholen. Eher könnte man versucht sein, im deutschen Rechte, insbesondere in dem Gedanken des Sondervermögens eine Stütze für die Brinz'sche Auffassung zu finden. Genauere Betrachtung eines Sondervermögens, z. B. des Handelsvermögens, des Gesellschaftsvermögens (in einer reinen Societät) u. dgl. spricht jedoch für die herrschende Meinung, indem sie zeigt, daß die Bedeutung, die hier dem Zwecke eingeräumt wird, nicht innerhalb des allgemeinen Vermögensbegriffs liegt. Wohl könnte man, wie bereits Bekker betont hat, gerade die Sondervermögen passend Zweckvermögen nennen; aber nicht, weil hier der „Zweck" oder die „Zwecksatzung" die Stelle des Subjects vertritt, — die Beziehung zu einem bestimmten Subjecte als nothwendiges Merkmal des Vermögensbegriffs wird vielmehr durchaus festgehalten —, sondern weil in Betreff der fraglichen Vermögensbestandtheile, die als Sondervermögen oder als zu solchem gehörig bezeichnet werden, das Subject gebunden erscheint an ein- für allemal bestimmte

Zwecke, während sonst in der Regel der Zweck der Vermögensverwendung nach freier Willkür des Subjects bestimmt zu werden pflegt. Nimmt man nun etwa obendrein an, daß das Sondervermögen nicht von dem wirklichen Inhaber selbst, sondern in seinem Namen von einem oder mehreren Dritten verwaltet wird, so ist von hier aus nur noch ein einziger Schritt zum Stiftungsvermögen im Sinne der herrschenden Doctrin. Daß endlich auch das canonische Recht, welches den Stiftungs- oder Anstaltsbegriff, wenn auch nicht klar bestimmt, so doch in ausgedehnter Weise verwendet hat, mit der herrschenden Auffassung großentheils übereinstimmt, beweisen zahlreiche Wendungen in den canonischen Rechtsbüchern, als z. B.: „possidens ecclesia cujus est jus retentionis“, „res ad jus proprietatemque alicujus ecclesiae spectantes“, „donatio rerum alicujus ecclesiae monasterio facta“ u. s. w.; andere Stellen, in denen, mehr bildlicher als juristischer Weise, Christus oder einzelne Apostel und Heilige als Beschenkte genannt werden, drücken wenigstens das entschiedene Bedürfniß aus, Recht und Rechtserwerb nicht ohne ein „habendes“ oder „erwerbendes“ Subject zu denken.

178. Zum Schluß mag nochmals daran erinnert werden, daß die Tragweite einer Fiction sich niemals im Allgemeinen, sondern zunächst immer nur für ein einzelnes positives Recht genau bestimmen läßt. Die hieraus für die Personengesammtheiten gezogenen Consequenzen treffen analog auch für die Stiftungen zu. Nur ist zu beachten, daß dem doppelten Rechte, wie es der Natur der Vereine

entspricht, nicht etwa der Inhalt der Stiftungsurkunde einerseits und das staatliche Recht andererseits gegenübergestellt werden kann. Die Satzungen des Vereins sind schon an sich Recht, sofern sie anerkannte Normen für das Zusammenleben der Vereinsgenossen sind; die Satzungen der Stiftungsurkunde dagegen, die für sich allein betrachtet bloß Ausdruck eines einseitigen Willens sind, erscheinen nur dann als Recht, wenn sie dem Rechte einer Gemeinschaft subordinirt oder doch subsumirbar sind. Wohl aber ist es möglich, daß dies letztere Verhältniß zwischen Stiftungsnormen und Gemeinschaftsrecht bei ein und derselben Stiftung ein mehrfaches ist; insbesondere sind zahlreiche Stiftungen geschaffen als zunächst dem kirchlichen Rechte subordinirte, und erscheinen dann erst mit diesem zugleich, je nach dessen Grundsätzen, entweder als dem staatlichen Rechte subordinirte (so größtentheils die Stiftungen in den evangelischen Kirchen), oder auch als dem staatlichen Rechte nur subsumirbare oder gar widersprechende (so die Stiftungen in der katholischen Kirche, je nachdem sie Stiftungen für erlaubte, z. B. localkirchliche Zwecke sind, oder Stiftungen für staatlich verbotene Zwecke, beispielsweise für Ordenszwecke*).

*) Das wird fast regelmäßig übersehen, u. A. auch von Hübler, wenn er in seinem sonst vortrefflichen Buche über den „Eigenthümer des Kirchenguts" (Leipzig 1868) „auf eine canonistische Frage eine civilistische Antwort" geben zu sollen glaubt. Die Wahrheit ist: Die Frage, wer Subject gewisser Rechte sei, ist, soweit sie Genossen oder Organe der Kirche als solche angeht, auch nur auf Grund des kirchlichen Rechts zu beantworten; allein eine andere Frage ist es, und in der That eine rein civilistische, oder besser gesagt, eine Frage des staatlichen Rechts, ob der kirchlichen Auffassung irgend welche

179. Fassen wir kurz die Resultate der vorausgehenden Erörterungen zusammen und verbinden dieselben mit denen der früheren Abschnitte, so ergiebt sich — zum Theil wenigstens beiläufig — Folgendes.

Fürs E r s t e ist diejenige Rubrik, die bisher in unseren Lehrbüchern des Privatrechts „von den Personen" oder „von den Rechtssubjecten" handelte, vollständiger zu bezeichnen als Lehre von den Subjecten der Rechte (oder Rechtsansprüche) und Rechtspflichten.

Zum Z w e i t e n ist zu unterscheiden zwischen wirklichen Rechts- und Pflichtsubjecten oder besser R e c h t s - u n d P f l i c h t s u b j e c t e n i m v o l l e n, s o z u s a g e n a c t i v e n S i n n e des Worts und b l o ß g e d a c h t e n o d e r f i n g i r t e n. In dem ersteren vollen Sinne des Worts ist Subject eines Rechtsanspruchs oder einer Rechtspflicht nur, wer die entsprechende Rechtsnorm, welche je nach der Beziehung, die ihr gegeben wird, sich entweder als Anspruch oder als Pflicht darstellt (s. oben §§ 137. 139. 141), für sich selbst als Rechtsgenosse — mindestens indirect — anerkennt. Nur diejenigen, bei welchen diese Bedingung zutrifft, h a b e n w a h r h a f t die fraglichen Rechtsansprüche und Rechtspflichten

---

Folge zu geben ist seitens des staatlichen Richters, oder ob für diesen andere, durch Staatsgesetz besonders gegebene Vorschriften gelten. Daß sich hieraus Pflichtenconflicte für den Einzelnen ergeben können, leugne ich ganz und gar nicht; im Gegentheil betrachte ich es als einen Hauptfehler gegnerischer Ansichten, daß sie die U r s a c h e solcher Conflicte durch theoretische — und zwar nicht einmal positiv-juristische, sondern philosophisch-politische — Auseinandersetzungen aus der Welt schaffen zu können vermeinen.

als die ihrigen; nur sie können, sobald sie sich ihrer Anerkennung bewußt werden, den Anspruch, den sie haben, wirklich für sich erheben, die Pflicht, die sie haben, als ihre Pflicht wirklich erfüllen. Wer sonst in irgend welchen Rechtsnormen als Rechts- oder Pflichtsubject vorausgesetzt wird, ist Rechts- und Pflichtsubject stets bloß in der Vorstellung Anderer, genauer gesagt, in der Vorstellung solcher, durch deren wirkliche Anerkennung die fraglichen Rechtsnormen allein Rechtsnormen sind. Es sind also Kinder und Wahnsinnige, soweit man ihnen die Fähigkeit selbsteigener Anerkennung in Uebereinstimmung mit der unseren staatlichen Rechten zu Grunde liegenden Anschauung absprechen muß, desgleichen Abwesende und Verschollene, die entweder gar nicht mehr leben oder doch nicht mehr Rechtsgenossen sein wollen, Rechts- und Pflichtsubjecte gleichfalls bloß in der Vorstellung der schon erwähnten, wirklich Recht-anerkennenden Anderen. Andererseits haben sie mit den Rechts- und Pflichtsubjecten im vollen Sinne des Worts gemein, daß auch die Vorstellung der Anderen in Bezug auf sie anknüpft an den einzelnen lebendigen (oder doch noch als lebend vorausgesetzten) Menschen, und sie bilden darum eine Art Mittelglied zwischen den ersteren und den sog. juristischen Personen, in denen die Vorstellung des Rechts- und Pflichtsubjects bewußter Weise verknüpft wird mit bloßen Begriffen (§§ 165. 167 ff.).

Zum Dritten ist es vielleicht zweckmäßig, strenger, als bisher üblich, die Begriffe „Rechtssubjectsein und Rechtsfähigkeit", sowie entsprechender Weise „Pflichtensubjectsein und Pflichtfähigkeit" auseinander zu halten.

Subject von Rechtsansprüchen oder von Rechtspflichten ist — correct gesprochen — immer nur, wer gerade diese Rechtsansprüche oder diese Rechtspflichten einem bestimmten positiven Rechte nach hat. Rechtsfähigkeit und Pflichtfähigkeit dagegen bezeichnen die nach einem bestimmten positiven Rechte allgemeinhin oder auch nur in bestimmter Beschränkung vorhandene bez. fingirte Fähigkeit, Rechts- und Pflichtsubject zu sein oder zu werden*).

*) So ist z. B. vom Standpunkte unseres heutigen deutschen Privatrechts jeder Mensch, also auch jeder Ausländer rechtsfähig; keineswegs dagegen ist der Ausländer an sich schon Subject gewisser Rechte auf dem Boden unseres Privatrechts. Vielmehr wird er dies erst, wenn er unser Rechtsgenosse wird (s. o. § 144, S. 44), und er gilt auch nur darum schon vorher für rechtsfähig, weil nach unserm heutigen Recht schon ein einseitiger Act seinerseits hinreicht, ihn zu unserm Rechtsgenossen (zum Staatsgenossen im weiteren Sinne), und damit sofort gewisser allgemeiner gesetzlicher Rechte (allerdings auch zugleich entsprechender Pflichten) theilhaftig zu machen.

Es ist natürlich nicht meine Meinung, hiermit etwas Neues gesagt zu haben; ich möchte bloß den bezeichneten Unterschied etwas stärker betonen, als in der Regel zu geschehen pflegt. In unzähligen Fällen kommt allerdings sehr wenig oder gar nichts darauf an; in manchen aber ist er doch von Wichtigkeit. Am deutlichsten zeigt sich dies vielleicht auf dem Gebiet des Kirchenrechts. Einmal verleiht nach katholischem Kirchenrecht die Ordination dem Ordinirten eine eigenthümliche Art besonderer, höherer Rechtsfähigkeit, mit der gar nicht nothwendig schon besondere Rechte verbunden sind. Spricht auch die katholische Kirche hier nur von dem besonderen spirituellen Charakter, dem geistigen χάρισμα, das der Ordination nach ihrer Anschauung entspringt, so behandelt sie doch diese geistige Fähigkeit in der oben gedachten Weise; und für die protestantische Auffassung bleibt überhaupt nur die angegebene juristische Seite der Sache als eine that-

Genauer betrachtet birgt sich freilich unter dieser „Fähigkeit" wiederum ein Zwiefaches. Einerseits fällt darunter schon der Besitz gewisser persönlicher an sich nicht rechtlicher Eigenschaften, die es deren Besitzer allein möglich machen, Genossen einer Rechtsgemeinschaft, eines Staates, eines Standes u. s. w. zu sein, resp. zu werden. Andererseits gehört dazu aber auch noch das Haben (das wirkliche oder fingirte) zahlreicher bedingter Rechte und Pflichten, welche die Voraussetzung für das Haben anderer Rechte und Pflichten bilden.

180. Erinnern wir uns einmal wieder, wozu wir eigentlich die Untersuchungen über „Rechtssubject" und „Rechtsfähigkeit" unternommen, so bin ich weit entfernt davon, zu meinen, daß die vorausgehenden Erörterungen dieses Abschnitts bereits eine besonders schlagende Bestätigung unserer im dritten und vierten Abschnitt entwickelten Ansicht im Gegensatz zu anderen Auffassungen vom subjectiven Rechte geliefert hätten. Wohl dünkt mich, daß die Verknüpfung der Vorstellung eines Rechts- oder Pflichtsubjects mit einem bloßen Begriffe sich am leichtesten in der Vorstellung derer

---

sächliche übrig. Andererseits hat in der Lehre vom „Eigenthümer des Kirchenguts" die Nichtunterscheidung zwischen „Rechtsfähigkeit in Bezug auf Kirchengut" und „Rechtssubject desselben sein" wiederholt sich verhängnißvoll erwiesen. Denn auf solche Nichtunterscheidung läuft es doch schließlich hinaus, wenn man die beiden Fragen, wer nach einem gewissen Kirchenrechte überhaupt als mögliches Subject von Kirchengut, und wer im einzelnen Falle, d. h. hinsichtlich bestimmter als Kirchengut geltender Vermögensrechte als Subject zu denken sei, in eins zusammenwirft.

vollziehen wird, die sich gleichzeitig selbst als gegenüberstehendes Pflicht- oder Rechtssubject vorstellen, und diese Erklärung der Entstehung der juristischen Personificationen ist offenbar nur möglich, soweit man subjectives Recht und Rechtspflicht als vollständige Correlate denkt, woraus consequenter Weise, wie früher dargelegt, auch Identificirung von subjectivem Recht und Rechtsanspruch folgt (§ 159). Allein großes Gewicht lege ich hierauf gar nicht, da auch andere Erklärungen für die erste Entstehung der juristischen Personificationen nicht unmöglich, vielleicht sogar historisch besser begründet sind.

Sehr bedeutsam für unsere Auffassung vom subjectiven Rechte spricht dagegen ein Blick auf das absolute Gegentheil von Rechtssubjectsein und Rechtsfähigkeit. „Rechtslosigkeit“ und „Rechtsunfähigkeit“ sind nämlich, genauer betrachtet, immer nur Ausdruck für den Mangel (resp. die Unfähigkeit bezüglich) jeglichen Anspruchs im Sinne eines bestimmten positiven Rechts, niemals auch für den Mangel jeglichen Dürfens. Wenn nach den Rechten des Alterthums der Ausländer, sofern er nicht einem verbündeten Volke angehört, für rechtlos erklärt ist, so heißt das offenbar nicht, daß ihm nach eben diesem Rechte gar nichts erlaubt, das will sagen, schlechthin alles verboten sei, sondern es heißt immer nur, daß er sich dem Inländer gegenüber nicht auf das betreffende Recht berufen, m. a. W. keinen Anspruch auf dasselbe gründen kann. Und das Gleiche gilt von dem Sklaven, der im Eigenthum eines bestimmten Herrn sich befindet. Charakteristisch ist dem „Dürfen“ desselben freilich, daß es vom Herrn nach Belieben be-

stimmt werden kann; aber so lange ihm dieser nicht auch das Leben nimmt, giebt es für den Sklaven nothwendig ein Gebiet des rechtlich Erlaubten. Was ihm dagegen ebenso gewiß überall fehlt, wo die Sklaverei noch in strenger Consequenz besteht, ist die Fähigkeit, auf Grund des positiven Rechts, nach welchem er Sklave ist, irgend einen Rechtsanspruch zu haben und zu erheben.

181. Das Kapitel von der Sklaverei liefert aber auch zugleich die besten Belege für die Nothwendigkeit, die Pflichtfähigkeit von der Rechtsfähigkeit zu scheiden. Daß der Sklave ein eigenes, im natürlichen Sinne willensfähiges Wesen neben dem Herrn sei, so gut wie irgend ein anderer Mensch, ist wohl niemals völlig verkannt worden, am allerwenigsten von Völkern, denen die Möglichkeit, daß die eigenen Genossen durch den Krieg in Sklaverei geriethen, stets vor Augen lag. Aristoteles vergleicht ganz richtig die Stellung des Herrn zum Sklaven mit der Stellung des Königs (im Sinne des Orients) zu seinen Unterthanen. Beide kennzeichnet die Einseitigkeit und Unbedingtheit der das Verhältniß bestimmenden Norm: auf der einen Seite unbedingter Anspruch auf Gehorsam, auf der andern unbedingte Pflicht zum Gehorsam. Der Sklave ist also in Wahrheit niemals schlechthin pflichtunfähig, auch nicht nach den die Sklaverei anerkennenden bürgerlichen Rechten. Seine Pflichtfähigkeit ist nur da, wo nicht bereits Modificationen des Verhältnisses im bürgerlichen Rechte eingetreten sind, an den Willen des Herrn unbedingt gebunden; sie geht auf in der einen allumfassenden

Pflicht des Gehorsams gegen den Herrn, wie solche zwar nicht selbst Rechtspflicht des bürgerlichen Rechts ist, wohl aber von letzterem als eine dem Sklavenverhältnisse immanente stillschweigend vorausgesetzt wird. Sobald diese Gehorsamspflicht durch das bürgerliche Recht durchbrochen wird, z. B. in Bezug auf die Begehung von Delicten, da tritt auch sofort eine weitreichende Verpflichtung durch die Staatsgesetze hervor.

Andererseits erklärt sich aus der Unbedingtheit der Gehorsamspflicht gegen den Herrn, verbunden mit dem gänzlichen Mangel eines Rechtsanspruchs und Rechtsschutzes selbst in Bezug auf Leib und Leben, sehr leicht, wie u. A. die Römer dazu kommen konnten, den Sklaven im bürgerlichen Rechte, in seiner Stellung zu anderen Volksgenossen als zu seinem Herrn, nicht bloß allgemeinhin als eine Sache, genauer als eine Art Hausthier, sondern unter Umständen als eine eigenthümliche Art von Verkehrsinstrument in der Hand des Herrn oder gleichsam als eine und dieselbe Person mit diesem zu behandeln. Bedenkt man nun, daß die letztere Art die Sache zu denken nichts anderes ist als eine ganz zweckmäßige Fiction, um thatsächlich durch Sklaven zu Stande gebrachten Rechtsgeschäften die unmittelbare Rechtsfolge für die Person des Herrn zu geben, so bietet sich hier auch ein schlagender Beweis für dasjenige dar, was in § 158 über die Doppelnatur alles rechtlichen Könnens bemerkt ist. Der Sklave besitzt die natürliche factische Fähigkeit, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, eine dem bürgerlichen Rechte subordinirte Norm aufzustellen, so gut wie ein anderer Mensch, der überhaupt

dergleichen Dinge *begreifen* und mit Bewußtsein handeln kann. Den nach Inhalt und Richtung bedingten Anspruch dagegen, resp. die gleicherweise bedingte Rechtspflicht, so nach § 158 zum *rechtlichen Können* gehört, kann in Bezug auf Handlungen des Sklaven, so lange die Rechtsunfähigkeit desselben streng festgehalten wird, nur der Herr haben. Daher auch die in einem Rechtsgeschäfte, z. B. in einem Kaufvertrage, thatsächlich vom Sklaven und einem Dritten gesetzten Normen nicht Rechte und Pflichten der thatsächlich das Rechtsgeschäft schließenden Menschen gegen einander, sondern immer nur Rechte und Pflichten des *Herrn* des Sklaven und des *Dritten* gegen einander ergeben können. Ja, dies muß sogar dann gelten, wenn es sich um Rechtsacte handelt, welche gar nicht vom Herrn selbst, sondern nur vom Sklaven gültig vollzogen werden, z. B. Annahme einer dem Sklaven gemachten Schenkung, Antritt einer Erbschaft, zu der er berufen u. s. w. Freilich ist bei alledem niemals zu vergessen, daß der Anspruch des Herrn, aus Handlungen seines Sklaven zu erwerben, und seine eventuelle Verpflichtung durch dessen Handlungen nichts logisch Nothwendiges sind, sondern dem ganzen Bestande nach, wie alle Rechtsansprüche und Rechtspflichten, von der Beschaffenheit des bestimmten positiven Rechts abhängen, das gerade in Frage steht. Sie könnten nach einem oder dem andern positiven Rechte auch ganz fehlen, indem alle thatsächlich durch Sklaven vorgenommenen Normensetzungen als bürgerlich ganz unwirksam behandelt würden; das Maß, in welchem etwa der Wille des Herrn für die bürgerliche Gültigkeit in Frage kommt, kann unendlich verschieden bestimmt

sein, u. s. w. Allein wo einmal in irgend welchem Umfange Ansprüche oder Pflichten des Herrn aus Handlungen, die nach ihrem ganzen Inhalte sich als von Sklaven abgeschlossene Rechtsgeschäfte darstellen, anerkannt werden, da zeigt sich auch das rein factische und das rechtliche Moment, die man zusammen als rechtliches Können bezeichnet, nicht bloß begrifflich, sondern auch den Trägern nach geschieden, und es tritt hiermit gewissermaßen handgreiflich zu Tage, daß der rechtliche Inhalt des rechtlichen Könnens nichts weiter ist, als ein zunächst latenter, nach Inhalt und Richtung bedingter Anspruch resp. eine eben solche Rechtspflicht.

VI.

182. Wie gering man nach den Ausführungen des fünften Abschnitts den Einfluß anschlagen mag, welchen die consequente Durchführung unserer Ansicht über „objectives und subjectives Recht" auf die Lehre von den Subjecten der Rechte und Pflichten auszuüben vermöchte, zumal wo sich solche auf das Recht der heutigen Culturstaaten beschränkt, so tief greift diese Ansicht jedenfalls ein in die Lehre von Inhalt und Arten der Rechtsverhältnisse. Ja, sie bedingt geradezu eine vollständige Reform der hier zur Zeit herrschenden doctrinären Anschauungen. Versuchen wir zunächst die leitenden Grundgedanken dieser Reform im Anschluß oder vielmehr im Gegensatze zu der bisherigen Doctrin zu entwickeln; den folgenden Abschnitten bleibt die Erörterung der Consequenzen vorbehalten, die speciell für die einzelnen Hauptgebiete des staatlichen Rechts sich ergeben.

183. Eine eigentliche Lehre von den Rechtsverhältnissen ist erst von Savigny begründet worden. Er ging hierbei von dem richtigen Gedanken aus, „jedes einzelne Rechtsverhältniß erscheine als eine Beziehung zwischen

Person und Person (also zwischen mehreren Subjecten) durch eine Rechtsregel bestimmt" (System des heut. röm. Rechts I, S. 333). Daraus folgt von selbst, daß nicht alle Verhältnisse des menschlichen Lebens, sondern immer nur Verhältnisse des Zusammenlebens Rechtsverhältnisse sind. Andererseits ist der Begriff nicht schlechthin beschränkt auf Verhältnisse wirklichen Zusammenlebens von Menschen, sondern in demselben Sinne, in welchem das Recht bloße Begriffe als Subjecte von Rechten und Pflichten denkt, aber auch nur in diesem Sinne, trifft der Begriff des Rechtsverhältnisses auch das bloß gedachte Verhältniß zwischen derartigen fingirten Subjecten.

Freilich gehört auch schon der obige Satz Savignys zu den stark bestrittenen. Ich will ganz davon absehen, daß Neuner (Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 5) auch Verhältnisse von Sachen zu Sachen als Rechtsverhältnisse einfachster Art ansieht, da er doch dieser weiteren Auffassung des Wortes nachher selbst eine engere, wesentlich im Anschluß an Savigny, nachfolgen läßt. Dagegen kann nicht übergangen werden, daß die meisten Neueren die Charakteristik des Rechtsverhältnisses als eine Beziehung „zwischen Person und Person" verwerfen, und vielmehr die Beziehung zwischen Person und Person einestheils, die unmittelbare Beziehung zwischen Person und Sache anderntheils, als Hauptarten der Rechtsverhältnisse hinstellen.

Es muß sogar zugestanden werden, daß die weitere Darstellung Savignys selbst die beste Handhabe für die letztere, jetzt geradezu als herrschend zu bezeichnende Ansicht abgiebt. Wenn „die Bestimmung (des Verhältnisses) durch eine

Rechtsregel darin besteht, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat", wenn dann in dem Gegenstande dieser Willensherrschaft, der entweder die eigene Person, oder die unfreie Natur, oder die fremden Willen sein können, der Eintheilungsgrund für die Hauptarten der Rechtsverhältnisse, resp. der subjectiven Rechte erblickt wird, — gleichviel ob mit oder ohne Verzicht auf „Rechte an der eigenen Person", — da wird allerdings die zuerst so allgemein in Anspruch genommene Beziehung zwischen Person und Person total in den Hintergrund gedrängt. Und zwar tritt dies um so auffälliger hervor, als vor dem Erscheinen von Savignys Hauptwerk wiederholt der Gedanke, daß „jedem Recht eine Verbindlichkeit gegenüberstehe" und „Recht und Verbindlichkeit zusammen das Rechtsverhältniß bilden", theils ausdrücklich ausgesprochen, theils wenigstens der Sache nach vertreten worden ist (so insbesondere auch von Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, S. 155), ein Gedanke, der ganz von selbst als nähere Bestimmung der „Beziehung zwischen Person und Person" sich darzubieten scheint.

Andererseits erklärt sich die Zurückdrängung des richtigen Ausgangsgedankens bei Savigny selbst wie bei seinen noch consequenteren Nachfolgern leicht aus der sie beherrschenden Gesammtanschauung vom objectiven und subjectiven Rechte. So lange man das Wesen des objectiven Rechts im Anweisen eines Herrschaftsgebietes, kürzer gesagt, in einem Erlauben oder Gewähren, und entsprechend das des subjectiven in einem Befugtsein, einem Dürfen oder Können

sieht, ist es nur consequent, Rechtsverhältniß und Berechtigtsein zu identificiren; der angeführte Gedanke der Vorgänger Savignys, der übrigens zur ersten Hälfte inconsequenter Weise auch bei den meisten Neueren wiederkehrt, ist damit in der That nicht vereinbar (s. oben § 159). Daher es von diesem Standpunkte aus auch ganz angemessen erscheint, die Lehre von den Rechtsverhältnissen mit Brinz wieder über Bord zu werfen und statt von Rechtsverhältnissen bloß von subjectiven Rechten zu reden. Und nicht minder consequent ist es alsdann, so viele Arten von Rechten anzunehmen, als es eigenthümliche Klassen von Gegenständen (diesen Ausdruck im weitesten Sinne genommen) giebt, auf welche sich das rechtliche Dürfen oder Können bezieht.

Die volle Anerkennung des Satzes, daß jedes „Rechtsverhältniß eine Beziehung zwischen Person und Person" sei, sowie die nähere Bestimmung dieser Beziehung als einer Beziehung von Recht und Pflicht, setzt das Zugeständniß voraus, daß alles positive Recht, objectiv aufgefaßt in Normen (Imperativen), subjectiv aufgefaßt in Rechtsansprüchen und resp. Rechtspflichten besteht. Sie steht und fällt mit diesem Grundgedanken unserer Theorie (vgl. oben § 159*). Natürlich aber fordert diese Auffassung des

---

*) Hiermit ist die wesentlichste Differenz unserer Ansicht vom Rechtsverhältniß von der sonst nahe verwandten von Bolze (Begriff d. jurist. Person, S. 9 ff. 42 f.) bezeichnet. Bolze hat sich eine richtige Auffassung des Verhältnisses zwischen „objectivem" und „subjectivem" Recht unmöglich gemacht durch eine zweifellos falsche Vorstellung von der Bedeutung sog. wohlerworbener Rechte. Er übersieht, daß das

„Rechtsverhältnisses“ auch eine entsprechende Classification der Rechtsverhältnisse, und zwar offenbar, wenn wir von dem in §§ 142 ff. Gesagten ausgehen, theils nach der Art und Weise, in welcher Recht und Pflicht vertheilt sind, theils nach der Art und Zahl der Subjecte, welche als berechtigt und verpflichtet erscheinen.

Doch davon später; zuvor bedarf unsere Begriffsbestimmmung des Rechtsverhältnisses noch in mehrfacher Beziehung der Ergänzung oder wenigstens Erläuterung.

184. Die Unterscheidung zwischen „Rechtsverhältniß in abstracto“ und „Rechtsverhältniß in concreto“ ist eine unserer heutigen Doctrin wohlbekannte (s. Stobbe, Deutsches Privatrecht I, S. 217). Um so mehr vermißt man einen genügenden Aufschluß über ihre richtige Verwendung.

In Wahrheit ist die Unterscheidung überall unanwendbar, wo die den Inhalt des Rechtsverhältnisses bildenden Rechtsnormen selbst schon die Subjecte des Rechtsverhältnisses individuell bestimmen. Sind diese individuell bestimmten Subjecte lebendige, im vollen Sinne

---

verschiedene Maß von Schwierigkeit, das in Betracht der Aufhebung wohlerworbener Rechte einerseits, sog. bloß gesetzlicher Rechte andererseits, zu bestehen pflegt, nicht sowohl auf juristischem als auf politischem Grunde ruht. Die meisten sog. wohlerworbenen Rechte oder, was dasselbe besagt, die diesen Rechten entsprechenden Rechtsnormen sind, rein juristisch betrachtet, durch die Gesetzgebung ganz ebenso leicht aufzuheben wie irgend welche andere auf Gesetz beruhende Normen oder Rechte. Und wo ausnahmsweise besondere juristische Garantien für gewisse Arten wohlerworbener Rechte bestehen, da bestehen sie stets darin, daß die Abänderung der entsprechenden, z. B. geltenden Normen an besondere Bedingungen geknüpft ist.

(§ 179) rechtsfähige Wesen, und wird von ihnen die fragliche Rechtsnorm als Norm ihres Zusammenlebens anerkannt, so besteht sofort, d. h. vom Moment solcher Anerkennung an, ein ganz concretes Rechtsverhältniß; erscheint die Norm nicht in dieser Weise anerkannt, auch nicht indirect, so kann überhaupt nicht von einem Rechtsverhältnisse die Rede sein, auch nicht in abstracto. Sind umgekehrt jene individuell bestimmten Subjecte durchweg oder theilweise bloß gedachte Rechts- oder Pflichtsubjecte, z. B. zwei bestimmte Staaten, Vereine, Stiftungen oder auch zwei nicht im vollen Sinne (§ 179) rechtsfähige Einzelmenschen, z. B. Wahnsinnige, so können freilich auch Rechtsansprüche und Rechtspflichten als die ihrigen nur von Anderen gedacht werden; aber sie werden dann von denen, durch deren Anerkennung die sie betreffenden Normen als Rechtsnormen gelten, ebenfalls als unmittelbar concrete gedacht.

Dagegen greift die Unterscheidung allerdings Platz, wenn Berechtigte oder Verpflichtete, oder Beide zugleich, als durch eine Rechtsnorm bloß generell bestimmt erscheinen. Von einem Rechtsverhältnisse, welches einer solchen Rechtsnorm ihrem vollen Inhalt nach entspricht, kann immer nur in abstracto gesprochen werden. Andererseits deutet jedes solche nur abstract gedachte Rechtsverhältniß zugleich auf eine unendliche Fülle denkmöglicher, ganz oder wenigstens der einen Seite nach concreter Rechtsverhältnisse. Und diese möglichen Rechtsverhältnisse werden zu wirklichen, sobald die generelle Subjectbestimmung der Rechtsnormen bei wirklichen Individuen, für welche diese Rechtsnormen Geltung haben, thatsächlich zutrifft. Daß

an einem solchen „wirklich werden" bei zwei individuell bestimmten, aber bloß als existirend gedachten Subjecten nur in demselben Sinne geredet werden darf, wie überhaupt von einer Existenz derselben (vgl. oben §§ 168. 179), bedarf keiner weiteren Bemerkung. Wohl aber ist sogleich hier noch einer Verschiedenheit der Verhältnisse zu gedenken, die bereits in den Worten „ganz oder wenigstens der einen Seite nach concreter Rechtsverhältnisse" angedeutet wurde. Es giebt nämlich einen großen Kreis von Rechtsverhältnissen, die, als Ganzes betrachtet, nach der einen Seite hin als vollständig concrete, der Wirklichkeit angehörige sich darstellen, jedoch der andern Seite nach stets einen mehr oder weniger abstracten Charakter behalten; es sind diejenigen, bei denen als berechtigter oder verpflichteter Theil eine unbegrenzte, thatsächlich fortgesetzt wechselnde Zahl generell bestimmter Subjecte erscheint. Hierauf beruht u. A., wie im VIII. Abschnitte zu erörtern sein wird, der wesentliche Unterschied der dinglichen Rechtsverhältnisse im Gegensatz zu den obligatorischen.

185. Je mannigfacher nun die Bedingungen sein können, von denen der Uebergang von der bloß abstracten oder generellen Bestimmtheit zur concreten oder individuellen Bestimmtheit abhängt, um so entschiedener muß vor einer Verwechselung der Erfüllung dieser Bedingungen mit dem Inhalte der Rechtsverhältnisse gewarnt werden. Ja, in diesen Fehler ist m. E. Savigny und die ihm folgende Doctrin wirklich verfallen.

Savigny will in jedem Rechtsverhältnisse zwei Punkte unterschieden wissen: „erstlich einen Stoff d. h. die Be-

ziehung von Person zu Person an sich, und zweitens die rechtliche Bestimmung dieses Stoffes. Das erste Stück könne man als das materielle Element der Rechtsverhältnisse oder als die ‚bloße Thatsache‘ in demselben bezeichnen, das zweite als ihr formelles Element, d. h. als dasjenige, durch welches die thatsächliche Beziehung zur Rechtsform erhoben werde.“

Hierüber zuvörderst eine sprachliche Bemerkung. Will man nicht etwa den Ausdruck „Thatsache“ auf das Naturleben im strengsten Gegensatze zum geistigen Leben beschränken (und dies ist ja im vorliegenden Falle zweifellos nicht die Absicht), so ist dasjenige, was gewisse Normen zu Rechtsnormen und entsprechend Ansprüche und Pflichten zu rechtlichen macht, — die Anerkennung seitens der Gemeinschaftsgenossen —, offenbar auch eine Thatsache, so gut, wie eine andere Thatsache des geistigen Lebens. Das Recht ist also, sofern es wirkliches oder positives Recht ist, immer nur ein besonderes Gebiet des Thatsächlichen; was wir gewöhnt sind, als „Thatsachen“ ihm gegenüber zu stellen, sind streng genommen höchstens Thatsachen anderer Art.

In der Sache selbst ist vor allen Dingen darauf aufmerksam zu machen, daß Savigny mit seiner oben mitgetheilten Ansicht direct in Widerspruch tritt, wenn er neben menschlichen Verhältnissen, die seiner Ansicht nach dem Rechte gar nicht oder nur theilweise angehören, wie Freundschaft und Ehe, doch auch solche annimmt, die ihm ganz und gar angehören, z. B. das Eigenthum. Die spätere an Savigny sich anschließende Doctrin hat allerdings diesen Widerspruch — ähnlich wie den in § 183 besprochenen —

dadurch beseitigt, daß sie das Vorhandensein von Verhältnissen, die dem Rechte ausschließlich angehören, leugnet und um so energischer betont, daß alle Rechtsverhältnisse Lebensverhältnisse seien, die als Rechtsverhältnisse nur erscheinen, sofern sie von einer besonderen Seite angesehen werden. Allein was damit auf der einen Seite gewonnen wird, geht auf der andern verloren; denn wie sich nachher zeigen wird, steckt in der Savigny'schen Unterscheidung zwischen Verhältnissen, die dem Rechte ganz und gar, und solchen, die ihm nur theilweise angehören, ein gut Theil Wahrheit. Andererseits giebt auch die spätere Doctrin über das Verhältniß der angeblichen beiden Stücke des Rechtsverhältnisses zu einander keine bessere Aufklärung als Savigny selbst: auch sie begnügt sich, dieselben als Stoff und Form einander gegenüber zu stellen. Im günstigsten Falle liegt hierin eine bildliche Bezeichnung der Sache; genauer betrachtet aber obendrein eine falsche.

Ein Lebensverhältniß, dem noch jede Form mangelte, ja überhaupt ein Verhältniß oder eine Beziehung, die bloß Stoff für etwas anderes wäre, ist nicht nur der Wirklichkeit fremd, sondern schlechthin unfaßbar. Will man trotzdem den Savigny'schen Vergleich für die Auffassung der beiden Stücke im Rechtsverhältniß festhalten, so muß man zugleich annehmen, daß das erste Stück überhaupt noch gar kein Verhältniß sei, sondern etwas anderes. Und versucht man ein solches „etwas" sich klar zu machen, so wird immer leicht zu bemerken sein, daß die Auffassung desselben als erstes Stück im Rechtsverhältniß auf einer Verwechselung von Zweck und Inhalt des Rechtsverhältnisses beruht.

Nimmt man dagegen ernstlich an, daß das erste Stück im Rechtsverhältniß schon für sich allein ein Lebensverhältniß sei und demgemäß auch bereits seine eigenthümliche Form als solches habe, so bleibt für die rechtliche Bestimmung dieses Verhältnisses nur ein Dreifaches übrig. Entweder das positive Recht, in welchem jene rechtliche Bestimmung sich vollzieht, z. B. das bürgerliche Recht eines bestimmten Staates erkennt einfach das Verhältniß als Rechtsverhältniß auch für sein eigenes (d. i. das bürgerliche) Gebiet an: dies setzt voraus, daß das betreffende Lebensverhältniß nach einem ihm immanenten d. h. von den im rechtlichen Verhältniß stehenden Subjecten selbst gesetzten und fortdauernd anerkannten Rechte bereits Rechtsverhältniß ist. Oder das fragliche positive (bürgerliche) Recht behandelt das fragliche Lebensverhältniß nur als eine Bedingung für die Wirksamkeit gewisser eigener Normen oder m. a. W. als Bedingung für das Zustandekommen oder Wirksamwerden von Rechtsverhältnissen einer gewissen Art. Oder endlich jenes positive (bürgerliche) Recht stellt sich dem fraglichen Lebensverhältnisse entgegen, d. h. es verbietet dasselbe.

Wie wenig durch die letzte, rein negative „rechtliche Bestimmung" das „Lebensverhältniß" zum „Rechtsverhältniß" wird, bedarf keiner weiteren Ausführung. Genauer betrachtet gilt aber von der unmittelbar vorher erwähnten Art rechtlicher Bestimmung ganz das Gleiche. Das Delict ist bekanntlich die thatsächliche Bedingung für zahlreiche Rechtsverhältnisse zwischen Delinquenten und Verletzten, den letzteren Ausdruck im umfassendsten Sinne genommen.

Und es ist gar kein Grund vorhanden, die Sache wesentlich anders aufzufassen, wenn die als Bedingung bestimmte Thatsache kein Delict, vielmehr ein dem betreffenden Rechte in keiner Weise widersprechendes Verhältniß ist. Daß der A von der B geboren ist, daß der C auf dem Punkte c dem auf dem Punkte d sich befindenden D gegenübersteht, u. dgl. sind Thatsachen, die wohl Bedingung oder Folge, niemals Inhalt eines Rechtsverhältnisses sein können; das ist nicht minder gewiß, als daß ein Rechtsverhältniß kein reines Naturverhältniß zum Inhalt haben kann. Die einzige Thatsache, die den Inhalt eines Rechtsverhältnisses bilden kann, ist die Anerkennung von Normen (oder was dasselbe besagt, von correspondirenden Ansprüchen und Pflichten) für ein Zusammenleben.

186. Aber allerdings in doppelter Weise. Erstens so, wie dies in § 185 als erster Fall „rechtlicher Bestimmung", nämlich eines schon vorher d. h. schon kraft eigenen Rechtes bestehenden Lebensverhältnisses charakterisirt worden ist. Zweitens so, daß eine einfache Normenanerkennung den alleinigen Inhalt des Rechtsverhältnisses bildet.

Und zwar ist die zweite Weise offenbar die ursprünglichere. Nur auf diese Weise bestehen, wie oben bemerkt und früher (Theil I, §§ 59 ff.) des Näheren erörtert, die sog. Lebensverhältnisse, so lange ihren Normen noch keine Normen bürgerlichen Rechtes u. s. w. übergeordnet sind. Jedoch ebenso gewiß giebt es auch Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechts, deren Inhalt allein die Anerkennung schlechthin bürgerlicher Rechtsnormen ausmacht. Eben hierin liegt das Wahre der Bemerkung Savigny's, daß die Rechts-

verhältnisse „dem Rechte", richtiger gesagt einem bestimmten z. B. dem bürgerlichen Rechte, bald nur theilweise, bald ganz und gar angehören. Zugleich aber folgt aus der letzten Erörterung, in welchem Sinne allein man bei der ersteren Art von Rechtsverhältnissen von einer „Erhebung in das Rechtsgebiet" sprechen kann: nämlich nur als von einer Erhebung in ein bestimmtes Rechtsgebiet als in ein Rechtsgebiet höherer Ordnung.

187. Daß für den Inhalt eines Rechtsverhältnisses schon eine einzige Norm genügen kann, muß nach den vorausgehenden Erörterungen zweifellos behauptet werden. Auch ist dies kaum jemals vollständig verkannt worden. Insbesondere kann ich in Savigny's Ausführung (System I, § 4) keine Leugnung jener Thatsache erkennen. Wenn er bemerkt, daß „die tiefere Grundlage des subjectiven Rechts, wie solches namentlich im Processe heraustrete, im Rechtsverhältniß zu finden, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstelle, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein könne, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgehe", so hat er hier freilich nur Fälle im Auge gehabt, wo ein ganzer Complex von Rechtsnormen den Inhalt des Rechtsverhältnisses bildet. Aber die Möglichkeit völlig einfacher Rechtsverhältnisse hat er schwerlich leugnen wollen; wenigstens spricht die nachher von ihm gegebene, bereits von uns besprochene Definition des Rechtsverhältnisses als „einer Beziehung zwischen Person und Person bestimmt durch eine Rechtsregel" viel mehr dagegen.

188. Um so wichtiger ist es zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen mehrere Normen zum Inhalt eines Rechtsverhältnisses zu zählen sind.

Leicht ist zu sehen, daß niemals schon darum mehrere Normen als zu einem Rechtsverhältnisse gehörig zu erachten sind, weil die ihnen entsprechenden Ansprüche und Pflichten in ganz denselben Personen zusammentreffen. Wenn A Gläubiger des B aus verschiedenen Gründen neben einander, z. B. aus mehreren selbständigen Verträgen oder zum Theil aus Delicten des B ist, so wird Niemand leugnen, daß man hier immer nur von mehreren Rechtsverhältnissen, nicht von einem (zusammengesetzten) Rechtsverhältnisse reden darf.

Andererseits kann aber auch der bekannte Hinweis auf eine sog. organische Natur des Rechtsverhältnisses uns nichts nützen. Er hängt zusammen mit der Theorie vom „Lebensverhältniß" als erstem Stücke des Rechtsverhältnisses und fällt nothwendig mit ihr. Ganz davon zu schweigen, daß er für die meisten Juristen in Wahrheit niemals viel mehr als eine Phrase gewesen ist, von der man nur das Eine verstand, daß zwischen den ein Rechtsverhältniß bestimmenden Normen ein eigenthümlicher Zusammenhang bestehe. Selbst das von Savigny herbeigezogene, der L. Frater a fratre entnommene Beispiel macht die Sache nicht klarer. Unleugbar ist ja freilich, daß die verschiedenen Rechtsverhältnisse, aus welchen Savigny ein zusammengesetztes heraus construirt, nicht völlig indifferent neben einander erscheinen, wie in dem zuerst besprochenen Falle. Vielmehr besteht ein im Rechte selbst begründeter Zusammen-

hang insofern zwischen ihnen, als aus einzelnen der ihnen angehörigen Normen eine Schlußkette sich bilden läßt, resp. gebildet werden muß, deren Schlußstück — natürlich wieder eine Norm bez. ein entsprechendes Verhältniß von Anspruch und Pflicht — den Inhalt der sog. Entscheidung des Rechtsfalls bildet. Allein so wenig man in der Logik den Schlußsatz, die conclusio, ein aus den Prämissen zusammengesetztes Urtheil nennen kann, so wenig ist die den Normenschluß abschließende, aus den anderen Normen resultirende Norm als eine zusammengesetzte Norm, geschweige das dieser Norm entsprechende Rechtsverhältniß als zusammengesetztes Rechtsverhältniß zu charakterisieren. Und ebenso wenig Sinn hätte es, alle dabei gerade in Betracht zu ziehenden Rechtsverhältnisse für ein Gesammtverhältniß auszugeben.

Die Wahrheit ist: Jeder durch ein positives Recht selbst gegebene Zusammenhang von Rechtsnormen, aus welchen Ansprüche und Pflichten für dieselben Subjecte folgen, deutet auf ein gemeinsames Rechtsverhältniß, in welchem eben diese Subjecte stehen. Aber um die in Frage befangenen Rechtsnormen als vollständigen Inhalt einer besondern zwischen den betreffenden Subjecten bestehenden Beziehung aufzufassen, muß weiter gefordert werden, daß auch der Zusammenhang zwischen diesen Normen ein nur ihnen eigenthümlicher ist. M. a. W., es muß den fraglichen Normen oder, wenn man lieber will, der Anerkennung derselben die Tendenz innewohnen, daß eben sie und nur sie eine Einheit, ein Ganzes für sich — sei es schlechthin, sei es innerhalb eines größern Ganzen — bilden sollen.

Nicht ausgeschlossen ist hierbei, daß eine und dieselbe Norm gleichzeitig mehreren solcher Normencomplexe angehört. So geht die Tendenz vieler schlechthin unselbständiger Normen auf Modification nicht bloß einer einzigen, sondern sehr zahlreicher relativ selbständiger Normen, und in ähnlicher Weise kann auch einer relativ selbständigen Norm die Tendenz innewohnen, gleichmäßig mit verschiedenen Gruppen anderer Normen besondere Einheiten zu bilden.

Wann und inwieweit eine solche Tendenz anzunehmen, ist natürlich eine Frage der Interpretation. Häufig liegt sie, wenn nicht für alle, so doch für den größten Theil der zusammengehörenden Normen schon äußerlich, in ihrer formellen Verbindung, z. B. zu einem und demselben Gesetze, Vertrage u. s. w. deutlich zu Tage; in anderen Fällen kann auf sie nur aus dem Inhalte der einzelnen Rechtsnormen selbst, sowie aus ihrer Entstehungsgeschichte geschlossen werden. Speciell in dem Savigny'schen Beispiele dürfte eine genauere Betrachtung unschwer herausstellen, daß zwischen den zu einer Schlußkette zu vereinigenden Normen in Wahrheit kein näherer Zusammenhang besteht, als zwischen unzähligen anderen Normen des bürgerlichen Rechts; es liegt der Schluß nahe, daß dasjenige Rechtsverhältniß, dem alle einzelnen in dem besprochenen Rechtsfalle in Betracht zu ziehenden Rechtsverhältnisse untergeordnet sind, kein anderes sein könne, als das eine äußerst umfassende Rechtsverhältniß, in welchem jedes Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft zu jedem andern steht.

189. Es liegt mir übrigens fern, die von Savigny gebrauchte Bezeichnung „zusammengesetztes Rechtsverhältniß“

allgemein verwerfen zu wollen. Im Gegentheil; sie erscheint mir für unzählige, unmittelbar durch das Recht selbst an die Hand gegebene Verbindungen von Rechtsverhältnissen durchaus zulässig. Nur ist der Werth dieser Bezeichnung zunächst sehr gering, weil die gegensätzliche Bezeichnung „einfaches Rechtsverhältniß" streng genommen nur für wenige Rechtsverhältnisse paßt. Wahrhaft einfach ist nur die Beziehung zwischen zwei Subjecten, bestimmt durch eine einzige, auch ihrem Inhalte nach einfache Rechtsnorm; die Zahl der Fälle, in denen solche Beziehungen in selbständiger Weise auftreten, d. h. nicht bloß von einer umfassenderen Beziehung in Gedanken losgelöst werden, eine verhältnißmäßig äußerst kleine (vgl. § 187). Dagegen ist es allerdings von Interesse, die verschiedenen Möglichkeiten der Zusammensetzung zu erforschen.

Unmittelbar aus der Begriffsbestimmung des Rechtsverhältnisses ergeben sich zwei solcher Möglichkeiten: Zusammensetzung in Rücksicht auf den Inhalt und Zusammensetzung in Rücksicht auf die Subjecte. Aber jede dieser beiden allgemeinsten Möglichkeiten umfaßt mannigfache besondere, die auch eine kurze besondere Betrachtung verdienen.

190. Zunächst lassen sich sehr verschiedene Arten und Stufen der Zusammensetzung des Inhalts denken. Verschiedene Arten: sofern bald gleichartige, bald verschiedenartige Normen (§§ 131 ff. u. bes. 143) mit einander verbunden sein können, resp. die an sich gleichartigen in verschiedener Weise, nämlich entweder gleichmäßig oder übers Kreuz. Verschiedene Stufen: sofern die Zahl der

Normen, die zu einem Rechtsverhältnisse verbunden sind, mannigfach gesteigert werden kann.

Zur Verdeutlichung ein Beispiel. Ein Rechtsverhältniß von wirklich einfacher Art, bloß durch eine streng einseitige Vertragsnorm bestimmt, ist das simple Darlehnsverhältniß. Gleichgültig ist dabei, ob nach dieser Vertragsnorm der individuell bestimmte Mensch A oder eine individuell bestimmte Stiftung oder ein nur generell bestimmtes Subject X, z. B. der Inhaber eines au porteur gestellten Schuldscheins, den Anspruch auf die Rückzahlung der Darlehnssumme hat. Dagegen haben einen zusammengesetzten Inhalt: das zinsbare Darlehen; das zinsbare kündbare Darlehn mit einer Nebenbestimmung darüber, was als Kündigung anzusehen sei; das zinsbare, unter einer gewissen Bedingung dem Schuldner als Geschenk zufallende Darlehn; das zinsbare Darlehn unter Gestattung von Theilzahlungen in der Zwischenzeit. In allen diesen Fällen ist zu der allgemeinen, die Rückzahlung (zu bestimmter Zeit oder nach Kündigung) vorschreibenden Norm zunächst eine relativ selbständige, streng einseitige in gleicher Richtung wie jene hinzugefügt (die Zinsvorschrift). Außerdem aber kommen hinzu: im zweiten Falle eine begriffsentwickelnde Norm; im dritten eine das Rückzahlungsgebot bedingt zurücknehmende; im vierten eine streng einseitige, neben der Hauptnorm relativ selbständige, aber in entgegengesetzter Richtung einhergehende, nämlich den Gläubiger (sofern er nicht etwa überhaupt auf Zahlung verzichtet) zur Annahme von Theilzahlungen verpflichtende. Zahlreiche weitere Complicationen des Inhalts sind denkbar, wenn sogleich die Hauptnorm auf Theilzahlung

oder allmähliche Amortisation gerichtet wird, u. s. f. Voraussetzung ist und bleibt natürlich in allen diesen Fällen, sofern sie eben als Beispiele für je ein dem Inhalte nach zusammengesetztes Rechtsverhältniß gelten sollen, daß in jedem Falle alle in Frage kommenden Rechtsnormen wirklich ein Ganzes bilden (s. oben § 188). Damit ist nicht gesagt, daß alle Normen zusammen entstanden sein müßten; auch später hinzugefügte sind als zugehörig anzusehen, wenn sie nur wirklich die Tendenz haben, mit jenen eine Einheit zu bilden, und die früheren solche Zusätze nicht etwa ausschließen. Sind dagegen die späteren Normen gar nicht als mit den früheren ein Ganzes bildend gedacht, oder werden sie — selbst wenn sie so gedacht sind — vom bürgerlichen Recht nicht als Einheit anerkannt (wie beispielsweise nach römischem Rechte das mutuum als negotium stricti juris unmittelbare Modificationen durch Zusatz von anderen Normen nicht verträgt), so sind die den verschiedenen Normen entsprechenden Beziehungen von Anspruch und Pflicht entweder schlechthin, oder doch nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte immer nur eine Mehrzahl neben einander bestehender, wenn auch in gewisser Hinsicht zusammenhängender Rechtsverhältnisse.

191. Vielleicht in noch höherem Maße, als auf Rechtsverhältnisse zwischen zwei Subjecten, die durch eine Mehrzahl zusammengehöriger Normen bestimmt sind, paßt die Bezeichnung „mehrfaches oder zusammengesetztes Rechtsverhältniß" auf Fälle, wo die zusammengehörigen, d. h. ihrer Tendenz nach ein Ganzes bildenden Normen oder auch selbst nur einzelne, einfache Normen auf Beziehungen

zwischen mehr als zwei Subjecten gerichtet sind. Innerhalb des hiernach sich ergebenden Bereiches aber sind zunächst wieder zwei Hauptformen zu unterscheiden: gleichmäßig zusammengesetzte und ungleich zusammengesetzte Rechtsverhältnisse.

Unter die erste Rubrik fallen alle Rechtsverhältnisse, bei welchen ganz die gleichen Normen gelten entweder

1) für die Beziehungen eines oder mehrerer (individuell oder generell bestimmter) Subjecte zu mehreren andern, oder
2) für die Beziehungen jedes Mitgliedes einer Gemeinschaft zu jedem andern.

Die Fälle der zweiten Hauptrubrik characterisiren sich hingegen dadurch, daß die Beziehungen zwischen den mehreren Subjecten zum Theil durch verschiedene Normen bestimmt werden, die aber trotzdem die Tendenz haben, alle zusammen ein Ganzes darzustellen. Uebrigens können die verschiedenen Rechtsverhältnisse, die in solcher Weise zu einem zusammengesetzten verbunden sind, zunächst selbst wiederum zusammengesetzte, und zwar sowohl gleichmäßig als ungleich zusammengesetzte sein.

Als Beispiele gleichmäßig zusammengesetzter Rechtsverhältnisse der zuerst angedeuteten Art dürfen gelten: das Verhältniß zwischen Gläubiger und mehreren Correalschuldnern und umgekehrt, desgleichen zwischen Eltern und Kindern, sowie speciell das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sofern mehrere Hauskinder vorhanden sind; das Verhältniß des Vereins als juristischer Person (§§ 144f. 172ff.) zu den einzelnen Vereinsmitgliedern als solchen, sofern letz-

tere dem Verein gleich berechtigt und gleich verpflichtet gegenüberstehen; das Verhältniß des Bundesstaats oder der Centralgewalt desselben zu den Einzelstaaten bez. Einzelregierungen.

Als Beispiele gleichmäßig zusammengesetzter Rechtsverhältnisse zweiter Art: das Verhältniß von mehr als zwei Correalgläubigern und resp. von mehr als zwei Correalschuldnern, insbesondere von mehreren Gesellschaftern unter einander; das Verhältniß der gesammten Vereinsgenossen als solcher je zu einander, sofern Rechte und Pflichten derselben gleiche sind; das allgemeine Verhältniß zwischen Staaten, die ein und dasselbe Völkerrecht für sich anerkennen.

Dagegen sind Beispiele ungleich zusammengesetzter Rechtsverhältnisse: das Verhältniß zwischen Mandanten, Mandatar und dem Dritten, mit welchem dem Mandate gemäß contrahirt ist, zwischen Trassanten, Acceptanten und Remittenten resp. den Indossataren, u. dgl. m.; das Verhältniß eines Gesellschafters zu allen anderen einerseits, zu dritten Personen, die mit der Gesellschaft contrahiren, andererseits; das Verhältniß des Vereinsgenossen theils zum Verein als Ganzem, theils zu den übrigen Genossen als solchen, und als hervorragendste Abart dieses mehrfachen Verhältnisses das Verhältniß des Staatsgenossen einestheils als Unterthan zum Staate, anderntheils als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft zu allen anderen Gliedern derselben (vgl. Th. I, § 97); endlich das Verhältniß eines Vereins, insbesondere auch eines Einzelstaats als Mitglieds eines Gesammtvereins resp. Gesammt- oder Bundesstaats, sowohl zu dem letzteren selbst, als zu den übrigen Mitgliedern.

192. In den vorausgehenden Erörterungen über die verschiedenen Möglichkeiten zusammengesetzter Rechtsverhältnisse ist die allgemeine Structur jedwedes Rechtssystems bloßgelegt.

Jedwedes: denn nur von einer unbegrenzten Zahl von Rechtssystemen kann in Wahrheit die Rede sein, niemals von einem „System des Rechts" schlechtweg. Die Summe aller zu einer bestimmten Zeit in Geltung befindlichen Rechtssysteme hat so wenig Anspruch auf den letzteren Titel, wie die Summe aller überhaupt denkbaren Rechtssysteme. Wohl erscheint öfter eine größere oder geringere Zahl von Rechtssystemen vereinigt unter oder zu einem Systeme umfassenderer Art, indem entweder immer das eine dem andern Rechtssysteme oder auch eine Mehrzahl von coordinirten Rechtssystemen gleichmäßig einem umfassenderen subordinirt resp. subsumirbar ist. Und die Möglichkeit solcher Verbindung ist, vermöge der gleichartigen allgemeinen Structur aller Rechtssysteme, eine ganz unabsehbare. Aber thatsächlich stehen neben den vereinigten Rechtssystemen — und werden immer stehen — viele andere ohne jede Berührung mit den ersteren, noch andere mit theilweise geradezu widerstrebenden Tendenzen und dementsprechenden Normen.

Darum ist streng zu unterscheiden zwischen „Classification" und „Systematik" der Rechtsverhältnisse. Classification ist möglich bezüglich aller denkbaren Rechtsverhältnisse, mag zwischen denselben irgend eine Beziehung bestehen oder nicht; sie kann erfolgen von rein formellen, allen Rechtsnormen (oder Zusammensetzungen von Rechts-

normen) gemeinsamen Gesichtspunkten aus, wie solche die bisherigen Untersuchungen, insbesondere die §§ 190. 191 nebst §§ 142 ff. bereits mehrfach ergaben. Classification ist auch möglich bezüglich aller denkbaren Verbindungen zwischen verschiedenen Rechtsverhältnissen und resp. Rechtssystemen, und verweise ich in dieser Beziehung namentlich auf das in den §§ 81 ff. (Th. I, S. 108 ff.) Gesagte. Systematik der Rechtsverhältnisse dagegen ist, wie schon der Name andeutet, strenggenommen nur möglich innerhalb eines bestimmten Rechtssystems, oder, was dasselbe besagt, auf dem Boden eines bestimmten zusammengesetzten Rechtsverhältnisses; schon eine etwas unbestimmte Erweiterung des Begriffs, die nicht für alle Fälle unbedenklich ist, enthält die Annahme einer „Systematik" für eine gewisse Art nach Inhalt und Form verwandter Rechtssysteme.

VII.

193. Aus den letzten Betrachtungen des vorigen Abschnitts folgt von selbst, daß die Unterscheidung zwischen *Privatrecht* und *öffentlichem* Recht keinesfalls eine Eintheilung des Rechts schlechtweg enthält, sondern im *äußersten* Falle nur eine auf *jedes Rechtssystem für sich* anwendbare. Gleiches hat übrigens schon *Savigny* empfunden — wenigstens in Betreff der negativen Seite —, als er dem Kirchenrecht und Völkerrecht eine besondere Stellung neben dem gesammten innern Rechte eines Staats zuwies. Ja, man kann sogar weiter zugeben, daß die Eintheilung eines Rechtssystems in öffentliches und Privatrecht überhaupt nur für *eine* Klasse von Rechtssystemen *Werth* hat, nämlich eben für diejenige, für welche sie Savigny geltend macht, für das staatliche Recht *).

Trotzdem wage ich kaum auf eine baldige Verständigung

---

*) Für das *Völkerrecht* ist sie vollständig unbrauchbar. Innerhalb des *Kirchenrechts*, sowie des Rechts aller sonstigen Vereine, ist sie zwar in dem gleichen Sinne, wie beim staatlichen Rechte, denkbar (s. § 191 a. E.), aber nach dem *thatsächlichen* Rechtsbestande theils gänzlich, theils nahezu werthlos. Beweise dafür können allerdings *hier* nicht gegeben werden.

darüber zu hoffen, wie der fragliche Unterschied näher zu bestimmen. Es ist mir sogar sehr wohl verständlich, wie neuerdings Georg Meyer (Lehrbuch d. deutschen Staatsrechts [1878], S. 26) zu dem Versuche gekommen ist, die Unterscheidung „öffentliches Recht und Privatrecht" durch eine ganz neue (Privatrecht, Genossenschaftsrecht, Recht der verschiedenen Gemeinwesen unter einander) ersetzen zu wollen. Allein abgesehen davon, daß dieser Versuch wiederum von der oben (§ 192) zurückgewiesenen Voraussetzung ausgeht, daß alles Recht zusammen als ein großes System zu behandeln sei, von welchem alles „Privatrecht" den einen Theil bilde, läßt er auch die Hauptschwierigkeit, den Begriff des Privatrechts näher zu bestimmen, vollständig bestehen. Und das Letztere würde natürlich auch dann gelten, wenn wir uns etwa entschließen wollten, den Ausdruck „öffentliches Recht" mit „Staatsrecht im weiteren Sinne" zu vertauschen. Immer bleibt für alle diejenigen, die sich mit der Thatsache einer traditionellen Eintheilung des staatlichen Rechts nicht begnügen und nicht bei allen über Einzelnes auftauchenden Zweifeln einfach nach Willkür oder nach vereinzelten Analogien entscheiden wollen, die Frage nach der Berechtigung solcher Eintheilung übrig.

194. Am ausführlichsten ist bisher diese Frage von Thon (Rechtsnorm und subj. Recht, Abschn. III, S. 108 ff.) behandelt worden. Mit fast peinlicher Sorgfalt hat derselbe versucht, alle etwa denkbaren Antworten auf dieselbe der Kritik zu unterwerfen und durch den Nachweis, daß alle anderen unhaltbar, die von ihm selbst empfohlene sicher zu stellen. So hat er es nach einander abgelehnt, die Unter-

scheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zu gründen auf einen Unterschied in der Entstehung oder dem Inhalt der Normen selbst, oder bezüglich der Subjecte, an welche die Normen sich richten, oder der Interessen, denen sie dienen sollen; er hat sodann auch jene in jüngster Zeit mehrfach vertretene Ansicht widerlegt, daß die öffentlich-rechtlichen Normen als unbedingte gegeben seien, während die privatrechtlichen ihre Wirksamkeit von dem Willen des Berechtigten abhängig machten. Danach „erübrigte nur (wie er wenigstens meint), das unterscheidende Moment in den Rechtsfolgen zu suchen, welche die Übertretung der Norm nach sich zieht". Und zwar findet es Thon — wiederum nach längerer Erörterung anderer dabei in Betracht kommender Möglichkeiten *) — schließlich darin, daß dem durch-

*) Besondere Beachtung unter diesen Erörterungen verdient der Nachweis, daß ein Zusammentreffen von Recht und Pflicht in demselben Subjecte weder bloß bei öffentlichen Rechten, noch bei allen öffentlichen vorkommt. Wenn Thon demgemäß meine Bemerkung (Th. I, S. 156) ansicht, „der Satz, daß öffentliche Rechte zugleich Pflichten sind, ist wohl als ein Gemeingut der heutigen Rechtswissenschaft zu betrachten", so ist er in der That hierzu vollständig berechtigt. Übrigens ist dieselbe auch aus einem andern Grunde verbesserungsbedürftig. Nach dem in Th. I, § 123, und genauer in diesem Buche (§§ 147 ff.) Ausgeführten kann, streng genommen, sofern man den Begriff „subjectives Recht" in dem von mir entwickelten technischen Sinne von Rechtsanspruch faßt, überhaupt niemals davon die Rede sein, daß „ein Recht zugleich Pflicht sei"; diese Ausdrucksweise paßt vielmehr nur da, wo man unter Recht das bloße Erlaubtsein versteht. Nun war allerdings an der von Thon citirten Stelle wirklich nur vom Erlaubtsein die Rede. Um indessen jede Zweideutigkeit auszuschließen, bitte ich die fragliche Bemerkung dahin corrigiren zu wollen: „daß öffentliche Rechte

Privatrechtsnormen Geschützten „im Falle der Normübertretung ein Mittel zur Beseitigung der Normwidrigkeit von der Rechtsordnung gegeben und zu beliebigem Gebrauche überlassen werde".

Dieses Resultat hängt aufs engste zusammen mit der Thon'schen Auffassung des subjectiven Rechts überhaupt; es fällt von selbst mit der letzteren (§§ 151 ff.), und fast nur insofern hat es für uns Interesse, als seine Unannehmbarkeit auch umgekehrt die Unmöglichkeit jener bestätigt. Denn daß eine Unterscheidung von Privatrechts- und öffentlichrechtlichen Normen oder Rechtsverhältnissen unannehmbar ist, welche sich gründet auf die Verschiedenartigkeit der Mittel, die gegen ihre Uebertretung resp. Störung zulässig sind, dürfte wohl sehr Wenigen zweifelhaft erscheinen. Sie würde allenfalls begreiflich sein vom Standpunkte eines einseitigen Praktikers, für welchen überhaupt die primären Normen des Rechts nur Interesse haben, weil an ihre Uebertretung die Wirksamkeit der ihn allein unmittelbar interessirenden secundären Normen geknüpft ist; sie ist unverständlich von dem streng wissenschaftlichen Standpunkte aus, welchen Thon bei seinen Untersuchungen fortgesetzt im Auge hat. Macht sie doch genau den Eindruck, wie wenn Jemand die Anatomie oder die Physiologie des menschlichen Körpers, statt nach dem eigenthümlichen Charakter der verschiedenen Organe des letzteren, vielmehr eintheilen wollte nach der Verschiedenartigkeit der Heilmittel, durch welche Störungen der Functionen

---

meistens entsprechende Pflichten zur Voraussetzung haben." Vgl. hierzu den Excurs A im Anhang.

dieser Organe beseitigt werden sollen. Dazu kommt, daß die Consequenzen der fraglichen Definition vom Privatrecht im Widerspruch stehen mit Thon's sonstigen Annahmen. Wenn er z. B. das Recht auf richterliche Entscheidung über einen von der Staatsanwaltschaft abgelehnten Strafantrag, welches § 170 der deutschen Strafproceßordnung dem durch eine strafbare Handlung Verletzten giebt, als ein öffentliches Recht behandelt, so wird ihm darin gewiß alle Welt zustimmen. Jedenfalls aber ist dieses Recht ein Mittel der Reaction gegen Normwidrigkeiten, welches denjenigen, zu deren „Schutz" die Normen „du sollst nicht tödten, nicht beleidigen, nicht die Freiheit von Menschen antasten" u. s. w. bestimmt sind, zu beliebigem Gebrauche gegeben ist. Thon müßte also consequenter Weise sagen: „Mit dem Momente, in welchem die deutsche Strafproceßordnung in Kraft trat, sind alle die Normen, durch deren Uebertretung Einzelne zu Verletzten werden, wenn nicht ausschließlich, so doch zugleich Privatrechtsnormen geworden." Er vermag dies nicht damit abzulehnen, daß hier das Mittel nicht auf „Beseitigung der Normwidrigkeit" gehe. Auch die Civilklage kann nur dann allgemein als ein solches Mittel bezeichnet werden, wenn man die Worte „Beseitigung der Normwidrigkeit" in einem recht laxen Sinne nimmt; sie geht in unzähligen Fällen nur auf Ausgleichung oder Abwendung des materiellen Schadens, der aus einer Normwidrigkeit entsprungen oder zu befürchten ist. Eher ließe sich vielleicht entgegnen: jener Anspruch des Verletzten habe einen ganz andern Zweck, als die Klage auf Erfüllung oder Entschädigung; er diene dem Interesse des Staats, während

die letztere dem Interesse des Privaten als solchem diene. Allein gerade diesen, übrigens höchstens halb-richtigen Einwand hat sich Thon schon dadurch abgeschnitten, daß er eine Motivirung der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht durch die Verschiedenartigkeit der Interessen, welchen die bezüglichen Normen dienen, energisch zurückgewiesen hat.

195. Das πρῶτον ψεῦδος bei fast allen bisherigen Versuchen, den in Rede befangenen Unterschied zu bestimmen, liegt m. E. in der Unklarheit der Fragestellung. Handelt es sich darum, zu einer thatsächlich vorhandenen Eintheilung, die keinesfalls verändert werden soll, einen Grund hinzuzufinden? Oder geht vielmehr die Frage dahin, ob oder inwieweit die übliche Eintheilung selbst eine wohl begründete, wissenschaftlich haltbare ist?

Sieht man, in wie ausgedehnter und zugleich harmloser Weise die Tradition wider gegnerische Ansichten ins Feld geführt zu werden pflegt, so könnte man sehr geneigt sein, das Erstere zu glauben. Hält man sich dagegen an dasjenige, was dann Jeder für seine eigene Ansicht vorbringt, so stehen die Gründe alle auf dem Standpunkte der zweiten Frage.

In der That kann nun wohl kaum ein Zweifel obwalten, daß die zweite Fragestellung die richtige ist. Denn warum sollte irgendwelche traditionelle wissenschaftliche Eintheilung für die Wissenschaft selbst bindend sein, da sie doch nichts anderes ist als ein Product von ihr? Freilich ist die fragliche Unterscheidung auch öfters in die Rechtsquellen übergegangen. Und zweifellos ist in solchen Fällen, sofern es

sich um Auslegung der betreffenden Rechtsquellen handelt, nur zu untersuchen, wie denn diese Rechtsquellen jene Begriffe fassen. Aber ebenso gewiß reicht die Bedeutung einer derartigen officiellen Unterscheidung an sich nicht weiter, als der Inhalt der Bestimmungen, in denen sie auftritt. Die Frage, ob und in welchem Sinne die Unterscheidung von „Privatrecht" und „öffentlichem Recht" als Grundlage zu brauchen ist für die Systematik — des staatlichen Rechts überhaupt oder auch nur des gesammten Rechts eines bestimmten Staates, — bleibt eine rein wissenschaftliche, deren Beantwortung durch einen etwaigen officiellen Sprachgebrauch in keiner Weise präjudicirt wird.

Andererseits ist jedoch nicht minder klar: Soll die fragliche Unterscheidung kein bloßer Kunstgriff sein, durch den man sich allenfalls die Orientirung über ein Gebiet erleichtert, so muß sie als durch das positive Recht selbst gegeben d. h. als im Wesen des gesammten Rechts eines Staates begründet sich darstellen. Es kommt also vor allen Dingen darauf an, sich zu vergewissern, daß das eine große, zusammengesetzte Rechtsverhältniß, welches dem Inbegriff aller staatlichen Rechtsnormen entspricht, zuoberst zusammengesetzt ist aus zwei Rechtsverhältnissen, und zwar dergestalt, daß alle einzelnen Rechtsverhältnisse, soweit sie auf dem Rechte des betreffenden Staats beruhen, sich einfügen oder sich unterordnen dem einen oder dem andern jener beiden obersten Rechtsverhältnisse. Gelingt dies, so bleibt von selbst nur die Alternative übrig, entweder die Bezeichnungen „Privatrecht" und „öffentliches Recht" als passenden Titel für die gedachten beiden Rechtsverhältnisse anzu-

wenden oder ihnen überhaupt jede wahrhaft wissenschaftliche Bedeutung abzusprechen.

196. Um zu untersuchen, ob das Rechtsverhältniß „Staat" in der angedeuteten Weise wirklich zuoberst aus zwei Rechtsverhältnissen zusammengesetzt und was diesen beiden Rechtsverhältnissen charakteristisch ist, haben wir uns vor allen Dingen dessen zu erinnern, was wir früher als allein mögliche Gesichtspunkte einer Zusammensetzung von Rechtsverhältnissen erkannt haben. Wir fanden deren zwei: die Zusammensetzung kann entweder bloß beruhen auf der Mehrheit der Rechtsnormen, welche den Inhalt des Rechtsverhältnisses ausmachen, oder sie kann in erster Linie bestimmt werden durch die Mehrheit der Subjecte, zwischen welchen die in Betracht kommenden Normen Rechtsverhältnisse begründen.

Nach dem ersten dieser beiden Gesichtspunkte müßte die Lösung der gegenwärtigen Aufgabe offenbar darin gesucht werden, daß der Zweck des staatlichen Rechtsverhältnisses ein doppelter sei, und demgemäß alle staatlichen Rechtsnormen entweder dem einen oder dem andern Zwecke dienen. Dies entspräche der bekanntlich ältesten und heute immer noch verbreitetsten Meinung von der Sache. Auch gebe ich zu: die Gründe, welche Thon wider diese bekannte Zweitheilung des staatlichen Rechts nach dem Zweck geltend gemacht hat, sind nicht entscheidend. Zwar ist unleugbar, daß zunächst alle oder doch fast alle staatlichen Rechtsnormen das Interesse des Ganzen im Auge haben, während andererseits dieses Ganze selbst nur um lebendiger, fühlender Wesen willen da ist, wie dies allein die Einzelnen sind. Aber

Thon selbst hat eingestanden, man könne eine nähere und eine entferntere Betheiligung der Einzelnen unterscheiden; es gebe Güter, die allen Gliedern des Staats in der Art gemeinsam, daß sie nicht dem Einen entzogen, dem Andern gelassen werden mögen, wie das Staatsgebiet, das Staatsoberhaupt als solches u. dgl. m.; und wiederum gebe es andere, wie Leben, Freiheit, Sachbesitz, die im hervorragenden Sinne Güter der Einzelnen seien. Und wenn er meint, es widerspräche unserer Rechtsanschauung, alle die Normen, welche den Schutz des Lebens, der Freiheit, der Integrität des Körpers, der Ehre im Allgemeinen und der Geschlechtsehre der Frau im Besondern bezwecken, gleich den Verboten, die den Eigenthums- und Besitzschutz begründen, als Privatrechtsnormen zu betrachten, so gehört diese Argumentation vollständig zu den oben besprochenen, welche auf Tradition oder gemeine Meinung bauen, wo sie doch die Berechtigung derselben untersuchen wollen. Ganz davon zu schweigen, daß neben den meisten Naturrechtslehrern auch gar mancher angesehene Civilist die Zugehörigkeit der fraglichen Normen zum Personenrecht für ganz selbstverständlich gehalten hat.

Dagegen halte ich meinerseits die Thatsache der theils näheren theils entfernteren Betheiligung des Einzelinteresses nicht für ausreichend, die Theilung des staatlichen Rechtsverhältnisses in zwei Rechtsverhältnisse zu behaupten; sie enthält wenigstens für sich allein gar keinen Beweis, daß die Normen, an welchen das Einzelinteresse näher betheiligt ist, als Inhalt eines Rechtsverhältnisses, und ebenso diejenigen, an welchen es entfernter betheiligt ist, als Inhalt eines andern aufzufassen. Ja, es würde leicht zu

zeigen sein, daß bei einem ernstlichen Versuche, die Sache so anzusehen, zahlreiche nach ihrer eigenen Tendenz (vgl. §§ 188 ff.) zweifellos eng zusammengehörige Rechtsnormen und resp. Rechtsverhältnisse, z. B. diejenigen, durch welche die Thätigkeit des Richters im Proceß bestimmt werden soll, vollständig auseinander gerissen werden müßten, sofern dieselben theils in unmittelbarer theils in ganz entfernter Beziehung zu den Interessen des Einzelnen stehen. Indem die Doctrin diese letztere Consequenz vermieden, hat sie bereits unbewußt sich von dem zweiten oben erwähnten Eintheilungsgrunde leiten lassen: von der Verschiedenartigkeit der Subjecte, zwischen denen die staatlichen Rechtsnormen Rechtsverhältnisse begründen.

197. Sehen wir nun auf diese letztere Verschiedenartigkeit, so stellt sich das staatliche Rechtsverhältniß in der That zuoberst als ein ungleich zusammengesetztes (§ 191) zwiefaches Rechtsverhältniß dar: einmal als Rechtsverhältniß aller seinem Rechte Unterworfenen in Beziehung auf die als Einheit gedachte Gesammtheit, anderntheils als Rechtsverhältniß der zuerst Genannten, der einzelnen Genossen des staatlichen Rechts in Beziehung auf einander.

Es ist dies derselbe Unterschied, den wir bereits in den Schlußcapiteln des dritten Abschnitts (§§ 144 ff.) beobachtet haben, nur in specieller Beziehung auf den Staat. Von den drei daselbst charakterisirten Normenarten bilden die beiden ersten, nach welchen jeder einzelne Genosse gegen alle anderen zusammen oder m. a. W. (§ 173) gegen die Gesammtheit rechtlich verpflichtet ist, oder um-

gekehrt einen Rechtsanspruch hat, den Inhalt des einen Rechtsverhältnisses; die dritte Normenart aber, nach welcher jeder Genosse gegen jeden andern für sich schon verpflichtet oder berechtigt ist, entspricht dem Inhalt des andern.

Und wiederum stimmt damit im Wesen der Sache auch überein, was ich schon im ersten Theile (§ 94) über „Staat" (im engern Sinne) und „bürgerliche Gesellschaft" als zwei Seiten der einen staatlichen Rechtsgemeinschaft zu sagen hatte. Denn wenn ich auch dort — aus guten Gründen —, statt von dem Verhältnisse zwischen dem Staate als Gesammtheit und den einzelnen Staatsgenossen, vielmehr von dem Verhältnisse zwischen Regierenden und Regierten sprach, so ist doch klar, daß überall da, wo die erste Auffassungsweise in der allgemeinen Rechtsanschauung Wurzel geschlagen hat, die zweite ganz von selbst ihr sich unterordnet. Und umgekehrt hat die erstere Auffassungsweise, sowie die ihr zu Grunde liegende Fiction der Gesammtheit als Einheit, innerhalb des staatlichen Rechts hauptsächlich nur Werth, sofern sie eine ganz bestimmte Anschauung des Verhältnisses von Regierenden und Regierten vermittelt oder doch erleichtert *).

*) Um Mißverständnissen vorzubeugen, mag noch hinzugefügt werden, daß es mir niemals eingefallen ist, die Regierten ausschließlich als Verpflichtete, die Regierenden ausschließlich als Berechtigte zu denken. Die Bezeichnung des Staatsverhältnisses als eine Gemeinschaft von Regierenden und Regierten schließt also durchaus nicht aus, daß auch den Regierenden, selbst dem Inhaber der höchsten Gewalt Pflichten zugeschrieben werden. Nur versteht sich von selbst, daß die Auffassung dieser Pflichten eine verschiedene Gestalt annimmt, je nachdem man sie unter den ideellen Gesichtspunkt des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses (in dem im Texte dargelegten Sinne) bringt, oder an

198. Man beachte, wie auch die zuletzt (§§ 196. 197) besprochenen beiden Eintheilungsweisen im engsten Zusammenhang stehen mit der Begriffsbestimmung des subjectiven Rechts überhaupt. Die Eintheilung des Rechtssystems nach dem Inhalt oder Zweck entspricht genau derjenigen Auffassung des subjectiven Rechts, welche den entscheidenden Nachdruck legt auf das Interesse, dem die betreffenden Rechtsnormen dienen, und hiernach als berechtigt denjenigen ansieht, zu dessen Gunsten eine Norm gebietet. Und ebenso ist unsere eigene Eintheilung (§ 197) die strenge Consequenz unserer Auffassung des subjectiven Rechts als Rechtsanspruch und des Rechtsverhältnisses als Verhältnisses von Rechtsanspruch und Rechtspflicht. Nimmt man hinzu, daß über die Eintheilung Thons (§ 194) schon das Gleiche zu bemerken war, so liegt der Schluß nahe, daß es sich hier nicht um einen zufälligen Zusammenhang handelt, sondern die Begriffsbestimmungen vom subjectiven Rechte und vom Rechtsverhältniß nothwendig die Auffassung eines bestimmten Rechtssystems im Ganzen und demgemäß namentlich auch dessen Eintheilung mitbedingen. Dieselben Gründe, welche im vierten und sechsten Abschnitt, theils gegen die bisherigen

---

der andern, mehr naturalistischen Auffassung festhält. Im ersteren Falle erscheinen sie als Pflichten gegen das Ganze, im letzteren Falle bleibt nichts übrig, als sie unmittelbar als Pflichten gegen die Regierten als solche aufzufassen. Man begreift darum auch leicht, warum schon die Annahme solcher Pflichten mehr oder weniger Hand in Hand geht mit der ideellen Auffassung, mit dem Gedanken, daß der Herrscher nur Träger der Staatsgewalt, nur Organ des Staats als Ganzen sei. Wir kommen hierauf im IX. Abschnitt zurück.

Definitionen des subjectiven Rechts und des Rechtsverhältnisses, theils direct für die unsrigen geltend gemacht worden sind, sprechen daher auch für die von uns getroffene oberste Eintheilung des staatlichen Rechts oder Rechtsverhältnisses.

Daß übrigens die Bezeichnung „öffentliches Recht" für das Verhältniß der Staatsgenossen zur Staatsgesammtheit als solcher, sowie die Bezeichnung „Privatrecht" für das Verhältniß oder den Inbegriff der Verhältnisse aller einzelnen Staatsgenossen zu einander, sprachlich recht gut paßt, bedarf wohl kaum der besonderen Ausführung. Um so gewisser erwarte ich einige andere Bedenken gegen die von mir unternommene Theilung, denen ich möglichst schon im voraus begegnen möchte.

199. Es wird heutzutage kaum Einer unserer Juristen bezweifeln, daß der Staat selbst gleich einer Einzelperson und mit Einzelpersonen in Privatrechtsverhältnissen stehen könne. Und sicherlich beruht diese Annahme nicht bloß auf einer wissenschaftlichen Tradition, die bis jetzt nur Niemand anzugreifen gewagt, sondern auf dem Inhalte unsers positiven Rechts selbst. Dieselben Normen, welche das Verhältniß der Staatsgenossen als solcher unter einander bestimmen, sollen auch angewandt werden — darüber kann kein Streit sein — auf Kauf-, Mieth- u. a. Verträge, welche der Staat mit einzelnen Staatsgenossen schließt.

Wie verträgt sich dies nun aber mit unserer Begriffsbestimmung vom Privatrecht?

Ich meine, es verträgt sich sehr gut damit, sofern wir nur dessen eingedenk bleiben, was wir bereits über Fictionen überhaupt, und über juristische Personen insbesondere aus-

geführt haben (§§ 166ff.). Gleichwie an sich Subject von Rechten und Pflichten nur derjenige wirklich ist, der wirklich, wenigstens indirect, die bezüglichen Normen als Gemeinschaftsnormen in seiner Qualität als Gemeinschaftsgenosse anerkennt (§§ 165. 179), so sind auch wirkliche Staatsgenossen im weiteren Sinne d. h. wirklich dem staatlichen Rechte Unterworfene, nur die lebendigen Menschen, welche das betreffende staatliche Recht als Norm des Zusammenlebens für sich anerkennen. Aber in demselben Sinne, in welchem es überhaupt zulässig ist, etwas als Subject von Rechten und Pflichten, mit einem Worte, von Rechtsverhältnissen zu denken, muß es natürlich auch zulässig sein, von bloß gedachten Staatsgenossen zu reden. Die letztere Art, juristische Personen zu denken, ist in weitaus den meisten Fällen schon in dem Ausdruck „Rechtssubject" mit ausgedrückt; denn dasjenige Recht, für dessen Gebiet „Rechtssubjecte" fingirt werden, ist eben am häufigsten das Recht eines Staates. Freilich besteht nun immer noch ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen der Auffassung der Corporationen und Stiftungen als dem staatlichen Rechte unterworfener (oder richtiger: unterworfen gedachter) Subjecte und der Behandlung des Staats selbst als eines Quasi-Staatsgenossen. Es erscheint auf den ersten Anblick als ein unlösbarer Widerspruch, daß innerhalb eines und desselben Rechtssystems zuerst die Gesammtheit der Genossen als ein Subject und dann wiederum dieses Subject als bloßes Glied der Gesammtheit behandelt werden soll. Und das Gefühl dieses Widerspruchs ist es wohl auch gewesen, das unsere gesammte ältere Doctrin be-

stimmt hat, den Fiscus als ein besonderes Rechtssubject neben dem Staate, als eine selbständige Stiftung für Staatszwecke zu behandeln. Allein genauer betrachtet liegt eine Nöthigung hierzu nicht vor und auch die neuere Weise, den Fiscus aufzufassen als den Staat selbst unter dem Gesichtspunkte des Privatrechts, also in der That ihn insoweit auf eine Linie zu stellen mit den Staatsgenossen, läßt sich sehr wohl halten. Dies selbst dann noch, wenn wirklich der oben bemerkte Widerspruch vollständig zugestanden werden müßte. Befindet sich doch jede Fiction im Widerspruch mit einer andern Vorstellung, die an sich der Wahrheit näher steht; warum sollte es schlechthin unzulässig sein, an eine erste Fiction eine zweite zu knüpfen, durch welche die ursprüngliche Bedeutung der ersteren für ein gewisses Gebiet des Rechts völlig bei Seite gesetzt wird? Beruht überhaupt die Berechtigung einer juristischen Fiction einzig darauf, daß sie — trotz des stets vorhandenen und erkannten Widerspruchs — eine Erleichterung der juristischen Gesammtvorstellung oder -Darstellung enthält, und reicht demgemäß ihre Tragweite niemals weiter, als eben dieser Zweck fordert, so kann es auch bei der juristischen Construction des Fiscus einzig darauf ankommen, was zweckmäßiger und resp. den positiv-rechtlichen Bestimmungen über den Fiscus entsprechender ist: zu der Fiction des Staats als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts eine zweite selbständige Fiction für das Privatrecht hinzufügen, oder vielmehr die erstere zugleich für das letztere verwenden unter Abstraction davon, daß in der ersteren die Gesammtheit der Staatsgenossen als Einheit gedacht ist. In keinem Falle kann die eigen-

thümliche Stellung des Fiscus Einfluß üben auf den Begriff des Privatrechts selbst; vielmehr setzt sie den letzteren als einen fertigen voraus, nur freilich als einen so gearteten, daß die hiernach den Inhalt des Privatrechts bildenden Rechtsnormen auch übertragen werden können auf solche bloß gedachte Subjecte, welche zunächst nicht als Privatrechtssubjecte gedacht sind.

200. Auf der andern Seite ist vielleicht die Frage aufzuwerfen: Wohin gehört nach unserer Begriffsbestimmung das Verhältniß des einfachen Staatsgenossen zum Herrscher, namentlich wenn dies ein Einzelner ist, und resp. zu den Beamten desselben, die doch unleugbar auch Staatsgenossen sind?

Die Antwort ist: Jedes Verhältniß solcher Art gehört zweifellos ins öffentliche Recht, soweit nach dem Stande des betreffenden positiven Rechts der Herrscher oder Beamte als ein Organ des Staats, — wenn auch im letzteren Fall nur als ein mittelbares — anzusehen ist. Oder noch besser gesagt: jedes solche Verhältniß erscheint gar nicht als ein Rechtsverhältniß zwischen den gedachten Einzelpersonen selbst, sondern nur als ein abgekürzter Ausdruck für je zwei Rechtsverhältnisse: für das Verhältniß zwischen Staat und Herrscher resp. Beamten einerseits, und das Verhältniß zwischen Staat und einfachen Staatsgenossen (resp. Staatsangehörigen [§ 232]) andererseits *).

*) Analog die Auffassung der Stellvertretung in unserm heutigen Privatrecht: es besteht ein Rechtsverhältniß zwischen Mandanten und Mandatar, ein zweites zwischen dem Mandanten und dem Dritten, mit welchem der Mandatar in Gemäßheit seiner Vollmacht contrahirt

Wo dagegen diese Auffassung nach dem betreffenden positiven Rechte selbst nicht angezeigt ist, wo vielmehr das Recht des Fürsten als ein rein persönliches, das des Beamten als ausschließlich aus dem persönlichen Rechte des Fürsten abgeleitetes erscheint, da ist das Verhältniß ebenso gut ein privatrechtliches, wie die Verhältnisse der einzelnen Angehörigen verschiedener Stände und Berufsklassen unter einander privatrechtliche sind. Es sei denn, daß einem positiven Rechte die Vorstellung von der Gesammtheit als Einheit und von den Regierenden als Vertretern der Gesammtheit überhaupt noch vollständig fremd resp. wieder fremd geworden wäre; dann würde in der That unsere Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht dem Charakter dieses Rechtssystems nicht entsprechen. Aber dies würde dann nicht bloß von unserer, sondern überhaupt von jeder Eintheilung des Rechtssystems in öffentliches und Privat-Recht gelten. Wohl ist es auch in solchem Falle noch möglich, die ganze Masse der zu dem Rechtssystem gehörigen positiven Rechtssätze unter dem Gesichtspunkte des Gegensatzes zwischen Gesammtheit und Gliedern der Gesammtheit zu denken, zumal wenigstens der Gegensatz des Verhältnisses von Herrscher und Beherrschten und des Verhältnisses der letzteren unter einander in jedem Gemeinwesen wiederkehrt, das irgend noch den Titel „Staat" verdient. Allein die Wissenschaft würde von dieser Möglichkeit höchstens insofern Vortheil haben, als durch eine künstliche Gruppirung die

---

hat, aber keines zwischen dem Dritten und dem Mandatar, es sei denn daß der Letztere seine Vollmacht überschritten hätte.

Vergleichung des betreffenden positiven Rechts mit unseren modernen Rechtsanschauungen gelegentlich vermittelt werden kann. Auch würde keine Darstellung, die von diesem Gesichtspunkte ausgeht, vergessen dürfen, daß um so strenger im Einzelnen auseinander zu halten ist, was wirklich dem dargestellten Rechtssystem zu eigen gehört und was nur zur Erleichterung unserer Vorstellung von demselben dient.

201. Am meisten Bedenken mag es vielleicht erregen, daß ich sowohl das „öffentliche Recht", als auch das „Privatrecht" eines Staates als je ein Rechtsverhältniß aufgefaßt wissen will, zumal wenn ich ausdrücklich hinzufüge, daß dies ganz in demselben Sinne gemeint ist, in welchem ich im vorigen Abschnitte überhaupt von zusammengesetzten Rechtsverhältnissen gesprochen habe. Allerdings habe ich zur Zeit noch keine bestimmte Vorstellung, worauf sich diese Bedenken gründen werden; aber ich zweifle nicht, daß sie kommen, wie es ja bei jeder einigermaßen ungewohnten Ansicht zu geschehen pflegt, und wünsche nur, daß sie mit genügender Bestimmtheit auftreten. Nicht minder fest aber bin ich überzeugt, daß mit der Auffassung des gesammten Privatrechts, gleichwie des gesammten öffentlichen Rechtes als je eines umfassenden Rechtsverhältnisses und mit der Erkenntniß der Nothwendigkeit, alles staatliche Recht entweder in das eine oder das andere dieser beiden einzugliedern, die allein richtige Grundlage gewonnen ist für eine einheitliche Theorie, der Privatrechtsverhältnisse einerseits, der öffentlichen Rechtsverhältnisse andererseits. Namentlich hoffe ich dies noch besonders zeigen zu können bei der Lehre von der Entstehung der Rechtsverhältnisse. Daß im Uebrigen

die juristische Praxis verhältnißmäßig nur wenig Gewinn hiervon haben wird, gebe ich gern zu; nicht darum aber ist dem so, weil eine Theorie auf der gedachten Grundlage unpraktisch wäre, sondern vielmehr darum, weil die Praxis thatsächlich — ich möchte sagen, instinctiv — schon längst bei Anwendung der staatlichen und der ihnen subordinirten Rechtsnormen so im Großen und Ganzen verfahren ist, wie es von jenen Voraussetzungen aus geboten erscheint.

VIII.

202. Ziehen wir die Consequenzen unserer bisherigen Ausführungen speciell für das Privatrecht, so ergiebt sich zuvörderst Folgendes.

Das eine große zusammengesetzte Rechtsverhältniß, dessen Inhalt das gesammte Privatrecht ausmacht, d. h. das Verhältniß aller Genossen des staatlichen Rechts zu einander (§ 197), besteht seinem vollen Umfange nach natürlich nur in abstracto, da Berechtigte wie Verpflichtete nur generell vollständig bestimmt sind, während die Zahl der Individuen, die in concreto als berechtigt und verpflichtet erscheinen, fortwährend wechselt (s. oben § 184 vbd. § 144).

Lösen wir dieses eine privatrechtliche Gesammtverhältniß in seine Bestandtheile auf, so erhalten wir eine wechselnde Summe von Theilverhältnissen, und zwar abstract gedacht so viele, als Genossen des staatlichen Rechts (im weitesten Sinne) denkbar sind, concret gedacht, genau so viele, als dergleichen zu irgend einem angenommenen Zeitpunkte gerade vorhanden sind, resp. sofern auch bloß fingirte Rechtsverhältnisse in Frage kommen, als vorhanden gedacht werden.

Stellen wir uns umgekehrt auf den Standpunkt eines einzelnen individuell bestimmten Subjects, welches selbst Genosse des staatlichen Rechts ist oder als solcher gedacht wird, so erscheint das umfassendste Privatrechtsverhältniß, in welchem dieses Subject steht, als ein einseitig concretes (§ 184 a. E.). Das will sagen: es ist concret, sofern die Rechte und Pflichten des individuell bestimmten Genossen die ganze eine Seite des Rechtsverhältnisses ausmachen. Die andere Seite, sofern sie ihrem vollen Umfange nach begriffen werden soll, behält einen abstracten Charakter; sie wird gebildet durch die entsprechenden Pflichten und Rechte einer fortwährend wechselnden Zahl bloß generell bestimmter Subjecte. Als Inhalt aber jedes solchen Rechtsverhältnisses ist zu betrachten die Gesammtheit der Privatrechtsnormen, soweit sie Subjecte von der Art voraussetzen, zu welcher das fragliche Individuum gehört.

203. Aus der letzten Bemerkung folgt: es giebt ebenso viele Arten umfassendster Privatrechtsverhältnisse, als es Arten von Rechts- und Pflichtsubjecten innerhalb desselben Privatrechts giebt.

Stillschweigend hat man dies bisher schon anerkannt, wo man Geschlecht, Alter, Stand u. s. w. nicht nur als Verschiedenheiten der Rechts- und Handlungsfähigkeit, sondern als Modificationen der Rechtsstellung behandelte. Wenigstens drückt „Rechtsstellung" niemals bloß etwas dem einzelnen Subjecte Eigenthümliches aus, sondern stets auch die allgemeine Beziehung zu anderen Subjecten. Freilich umfaßt der Ausdruck das von uns bisher besprochene

Privatrechtsverhältniß nicht allein, sondern zugleich das analoge höchstumfassende öffentliche Rechtsverhältniß des Einzelnen mit. Genauer betrachtet jedoch erhöht dies noch die Brauchbarkeit des Ausdrucks: denn diese beiden höchstumfassenden Rechtsverhältnisse des Privatrechts und öffentlichen Rechts, in denen ein bestimmtes Individuum steht, sind doch schließlich in ganz gleicher Weise zwei zusammengehörige Stücke eines zusammengesetzten Rechtsverhältnisses, wie öffentliches Recht und Privatrecht überhaupt zwei Stücke des einen staatlichen Rechts resp. Rechtsverhältnisses. Und als besondere Ausdrücke für die beiden Theilverhältnisse bieten sich von selbst die Bezeichnungen „Privatrechtsstellung" und „öffentliche Rechtsstellung" dar.

204. Die in dem ersten Absatze des § 203 bereits angedeutete Verschiedenheit der Privatrechtsstellung kann so weit gehen, daß eine systematische Darstellung des betreffenden Privatrechts sie geradezu zur Grundlage nehmen darf. Umgekehrt beruht für das spätere römische, sowie für unsere modernen Rechte die Angemessenheit einer Eintheilung des Privatrechts ohne maßgebende Berücksichtigung der verschiedenen Privatrechtsstellung wesentlich darauf, daß nach den gedachten Rechten der Inhalt der Privatrechtsstellung aller Genossen im Großen und Ganzen so gleichartig erscheint, daß die daneben vorhandenen Unterschiede nur als Modificationen einer — so zu sagen normalen — Privatrechtsstellung sich auffassen lassen.

205. Was alles etwa dieser „normalen" Privatrechtsstellung an einzelnen Privatrechtsverhältnissen ein- oder untergeordnet ist, zeigt vorläufig die übliche Ein-

theilung des Civilrechts in (allgemeines) Personenrecht, Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht.

Ich sage ein- oder untergeordnet: damit ist angedeutet, daß die unter diesen Collectivtiteln begriffenen verschiedenartigen einzelnen Rechtsverhältnisse vom Standpunkte der sie umfassenden Privatrechtsstellung aus theils als Theilverhältnisse, theils als subordinirte resp. wenigstens subsumirbare Verhältnisse erscheinen. Das Wesen dieser Unterscheidung, von der ich beiläufig schon bisher Gebrauch gemacht habe, ist im Grunde durch die gewählten Ausdrücke selbst genügend charakterisirt. Um indessen Mißverständnissen vorzubeugen, sei außer einer Verweisung auf die Ausführungen der § 82 ff. über Subordination und bloße Subsumtion von Normen und Verhältnissen (Th. I, S. 109 ff.) noch eine kurze Erläuterung des in Rede stehenden Gegensatzes hinzugefügt.

Was ich Theilverhältnisse nenne, ist von der Art, daß eine Addition aller den vollständigen Inhalt des Ganzen ergiebt; natürlich kann dann auch dieses Ganze selbst immer nur ein zusammengesetztes Verhältniß sein. So läßt sich die Privatrechtsstellung einer Person auflösen in so viele Theilverhältnisse, als ihr verpflichtete resp. berechtigte Genossen gegenüberstehen; so stellen umgekehrt alle Privatrechtsstellungen innerhalb eines Staates das Gesammtverhältniß aller Privatrechtsgenossen unter einander dar (§ 202). In gleicher Weise bilden aber auch private und öffentliche Rechtsstellung zusammen schlechtweg die Rechtsstellung im Sinne eines bestimmten staatlichen Rechts (§ 203), und endlich alle Rechtsstellungen überhaupt, die in dem Boden

eines bestimmten staatlichen Rechtes wurzeln, zusammen *das* staatliche Rechtsverhältniß. Auch ist es dabei ganz gleichgültig, ob man alle diese Verhältnisse abstract oder concret (für einen bestimmten Zeitpunkt) denkt; nur versteht sich von selbst, daß man stets *alle in ein und derselben Weise* denken muß.

Dagegen deckt sich die Summe aller *subordinirten* Verhältnisse mit dem superordinirten Verhältniß niemals vollständig. Auf der einen Seite ist selbst die Summe aller *denkbaren* subordinirten Verhältnisse nicht *das* abstract gedachte superordinirte Verhältniß; und noch viel weniger wird das superordinirte Verhältniß, in welchem ein Subject zu einer *bestimmten* Zeit steht, erschöpft durch die Summe der subordinirten Verhältnisse desselben Subjects. Auf der andern Seite ist — gleichwie das Individuum gegenüber der Gattung — schon das einzelne subordinirte Verhältniß stets in *gewisser* Hinsicht *mehr* als das ganze superordinirte. So ist das eine superordinirte Rechtsverhältniß, dessen Inhalt die Normen „Vereinbarungen von einer bestimmten Form sollen die Paciscenten binden" (§ 82), „für culpose Sachbeschädigung soll der Beschädiger dem Verletzten vollen Ersatz leisten" u. s. w. bilden, niemals bloß die Summe aller denkbaren oder gar bloß die Summe aller zu einer bestimmten Zeit bestehenden Einzelverhältnisse von der angedeuteten Art. Und ebenso gewiß ist das einzelne subordinirte Vertragsverhältniß dahin gehend, daß der B dem A jährlich 10 zu leisten habe, ferner das Verhältniß zwischen dem Beschädiger C und dem Verletzten D, vermöge dessen C zum Schaden-

ersatz für die vernichtete Sache verpflichtet ist u. s. w., für sich allein schon in gewisser Hinsicht inhaltreicher, weil bestimmter, als die entsprechenden superordinirten Normen.

Es bedarf schließlich kaum der Bemerkung, daß das soeben für subordinirte Verhältnisse Gesagte auch für die bloß subsumirbaren gilt. Denn vom Standpunkte des supersumirten Verhältnisses aus besteht ja, wie früher erörtert (§ 82), gar kein Unterschied zwischen subordinirten und bloß subsumirten Verhältnissen. Die logische Beziehung zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Verhältniß ist in beiden Fällen dieselbe. Der Gegensatz tritt erst bei der Frage hervor, ob abgesehen von dieser Beziehung das besondere Verhältniß einen rechtlichen Bestand hat oder nicht. Aber gerade dieses Moment interessirt bei der gegenwärtigen Untersuchung so wenig, und die bloß subsumirbaren Privatrechtsverhältnisse bilden überdies so sehr die Ausnahme, daß ich in dem Folgenden regelmäßig nur von subordinirten Privatrechtsverhältnissen sprechen werde, ohne damit das Vorkommen von bloß subsumirbaren Verhältnissen gleichen Inhalts negiren zu wollen.

206. Treten wir nach der vorstehenden Erläuterung abermals heran an die Eintheilung des Privatrechts, so ist zunächst klar, daß als reine Theilverhältnisse (im Hinblick auf die Privatrechtsstellung einer Person als Ganzes) nur die verschiedenen personenrechtlichen Verhältnisse (derselben Person) aufgefaßt werden können. Diese aber auch sammt und sonders, sofern die Normen, welche ihren Inhalt ausmachen, — sowohl als Ansprüche in Bezug

auf Leben, Ehre, Freiheit, wie als entsprechende Pflichten gegenüber allen anderen Genossen des betreffenden Privatrechts, — zum Gesammtinhalt der Privatrechtsstellung sich nicht wie Besonderes zum Allgemeinen, sondern eben nur wie einige nahe zusammengehörige Stücke zum Ganzen verhalten, m. a. W. durchaus nichts enthalten, was nicht in der Privatrechtsstellung als solcher schon enthalten wäre. Es ist darum auch durchaus gerechtfertigt, wenn in einer systematischen Darstellung das ganze allgemeine Personenrecht in engste Verbindung mit der Darstellung der Privatrechtsstellung überhaupt gebracht wird. Dagegen muß hier nochmals Verwahrung eingelegt werden gegen die in neuerer Zeit sehr beliebte Meinung, daß Güter wie Leben, Ehre, Freiheit überhaupt nicht Gegenstand von Privatrechten und Privatrechtspflichten, oder was dasselbe besagt, Normen wie „Du sollst nicht tödten“, „Du sollst nicht beleidigen“, u. s. w. nicht Privatrechtsnormen seien. Die Gründe, welche man gelegentlich für diese Meinung vorgebracht hat, sind fast ohne alles Gewicht. Bald sind sie nur Ausdruck der subjectiven Empfindung, daß der Werth der fraglichen Normen herabgesetzt werde, wenn man sie Privatrechtsnormen nenne, eine Empfindung, die wiederum nur einer unrichtigen Auffassung des Gegensatzes vom Privat- und öffentlichen Rechte entspringt*); bald gehören sie jener

*) Wenn Binding (Normen I, S. 144) meint, alle Normen seien öffentlich-rechtlicher Natur, so kann man ihm ja insofern Recht geben, als wenigstens aus allen staatsgesetzlichen Normen ebenmäßig ein Anspruch des Staats auf Gehorsam resultirt; aber dieser Anspruch, der in der That öffentlich-rechtlicher Art ist, geht neben schlechthin

halb naiven Systematik an, welche die fraglichen Normen dem Strafrechte allein darum zuweist, weil dieselben in der Gesetzgebung regelmäßig nur in Verbindung mit Strafsatzungen vorkommen *); bald endlich treffen sie nur die von uns ohnehin verworfene Ansicht, daß das Wesen des subjectiven Rechts im „Dürfen" bestehe. Nur eine Art von Einwürfen bedarf vielleicht noch besonderer Widerlegung; da dies jedoch dieselben Einwürfe sind, welche hauptsächlich gegen die Auffassung des dinglichen Rechts als eines Anspruchs gegen jeden Dritten erhoben zu werden pflegen, so genügt es, in dieser Beziehung auf die nachfolgende Ausführung über das Wesen der dinglichen Rechte zu verweisen.

207. Im Gegensatze zu den allgemeinen personenrechtlichen Verhältnissen verhalten sich alle familien- und vermögensrechtlichen Verhältnisse, in denen ein Subject steht, zu der Privatrechtsstellung desselben nicht wie bloße Theilverhältnisse zu einem aus ihnen zusammengesetzten Ganzen, sondern wie subordinirte zu einem in sich ver-

---

allen Privatrechtsansprüchen her, die sich auf Staatsgesetz gründen.

*) Man kann nicht einmal sagen, daß der in der vorigen Anmerkung erwähnte allgemeine Anspruch des Staats auf Gehorsam oder, richtiger gesagt, seine Verletzung den alleinigen Grund der öffentlichen Strafe bildet. Den Hauptgrund allerdings; daß das Strafrecht aber auch um der verletzten Privatrechtsansprüche willen da ist, tritt deutlich hervor, wo neben der Pflicht der Staatsanwaltschaft (als Staatsorgan) zur öffentlichen Klage ein Antrag des Verletzten (vgl. oben § 152) auf richterliche Entscheidung oder eine subsidiäre Privatklage desselben anerkannt wird.

bundenen Complex von superordinirten. Nur die Art der Subordination ist für die verschiedenen Hauptgattungen dieser Privatrechtsverhältnisse verschieden.

Für die dinglichen Rechtsverhältnisse und sonstige „absolute Vermögensrechte"*) liegt die Subordination wesentlich in der Beziehung der allgemeinen je an alle Genossen gerichteten Rechtsansprüche, wie solche zum Inhalt der Privatrechtsstellung gehören, auf bestimmte Gegenstände oder Thätigkeitsformen, welche der in der allgemeinen Privatrechtsnorm vorausgesetzten Gattung zuzurechnen sind. Demgemäß ist das dingliche Rechtsverhältniß im Ganzen ebenfalls nur ein einseitig concretes (§ 202); genauer gesagt, es ist concret zu fassen nur auf der Seite des Berechtigten, während die andere Seite in so stetigem Wechsel begriffen ist, daß es müßig wäre, sie für einen bestimmten Zeitpunkt vollständig concret zu denken. Anderer-

---

*) Ich rechne hierzu mit Stobbe (D. Priv.-R. III, 1ff.), Meibom (Jen. Lit. Ztg. von 1879, S. 46) u. A. die vormals sehr zahlreichen Gewerbeberechtigungen (Bannrechte, Monopole), die ausschließlichen Occupationsberechtigungen (Jagdrecht, Fischereirecht, Bergregal u. s. w.), das Urheberecht (an Schriften, Kunstwerken, Erfindungen, Mustern u. s. w.), das Recht auf ausschließlichen Gebrauch eines Namens, Titels, Wappens („soweit solche Rechte anzuerkennen sind"), einer Firma, eines Waarenzeichens u. dgl. m. So ungleichartig diese Rechte in sittlicher und wirthschaftlicher Hinsicht sind, so gleichartig ist ihr juristischer Charakter, der m. E. durch den Ausdruck „absolute Vermögensrechte" am besten bezeichnet wird. Irgend ein durchschlagender Grund, den Titel „Zwangsrechte" speciell für diese Gruppe von Rechten einzuführen, wie neuerdings von Kärger vorgeschlagen ist, scheint mir nicht vorzuliegen.

seits ist klar (vgl. § 205), daß sich jedes dingliche Rechtsverhältniß vom Standpunkte des Berechtigten aus in ebensoviele Theilverhältnisse auflösen läßt, als ihm Privatrechtsgenossen als Verpflichtete gegenüberstehen, und daß es von Wichtigkeit sein kann, einzelne solche Theilverhältnisse als vollständig concrete, also in Beziehung gerade auf einen bestimmten einzelnen Verpflichteten ins Auge zu fassen *).

Dagegen liegt bei den obligatorischen Verhältnissen die Subordination niemals bloß im Inhalte des Rechtsverhältnisses, sondern stets zugleich in den Subjecten. Das will sagen: das obligatorische Verhältniß ist niemals ein Verhältniß des Privatrechtsgenossen zu allen anderen resp. als Theilverhältniß zu je einem Genossen als solchem, sondern es ist ein Verhältniß zwischen mehreren besonderen Subjecten, die in der superordinirten Privatrechtsnorm stets nur bedingter Weise bestimmt sind.

208. Die Behandlung des „Familienrechts" und „Erbrechts" endlich als besonderer Theile des Privatrechtssystems beruht ausschließlich darauf, daß die unter diesen beiden Titeln begriffenen Rechtsverhältnisse — wenn nicht alle, so doch fast alle — je ein zusammengesetztes Rechtsverhältniß bilden. Einzeln betrachtet zeigen dieselben eine sehr verschiedene juristische Natur. Die Rechte des Familien-

*) Dies ist richtig hervorgehoben von Schey in der Abhandlung „über Rechtsverwandlungen" (in der Grünhut'schen Zeitschrift VIII, 110 ff.), während freilich seine principielle Auffassung der Sache eine von der meinigen verschiedene, in gewisser Hinsicht derselben entgegengesetzte ist.

güterrechts und Erbrechts sind theils obligatorische, theils dingliche oder doch „absolute“ Vermögensrechte. Und hierzu kommen dann noch die sog. reinen Familienrechte oder Familienpersonenrechte. Dabei ist nur zu bemerken, daß der Unterschied der letzteren von den Familiengüterrechten wesentlich im Inhalt, oder genauer gesagt darin besteht, daß ihr Inhalt keinen Tauschwerth hat, während der Gegensatz von „obligatorisch“ und „dinglich“ in analoger Weise auch innerhalb der Familienpersonenrechte wiederkehrt: dort die Ansprüche des Familiengliedes gegen andere Familienglieder, hier die Ansprüche des Privatrechtsgenossen gegen alle anderen Privatrechtsgenossen in Bezug auf ein Familienglied.

209. Ueberblicken wir die in §§ 206—208 gemachten Beobachtungen noch einmal im Zusammenhange, so ergiebt sich von selbst die zwar durchaus nicht neue, aber bisher zu wenig ausgenutzte Wahrnehmung, daß alle Arten von Privatrechtsverhältnissen, vom Standpunkte des Berechtigten aus betrachtet, sich in zwei große Gruppen bringen lassen, indem man nämlich unterscheidet: absolute Privatrechte, d. h. solche Rechtsansprüche, welche gegen alle Rechtsgenossen gehen, die nicht eine besondere, ausnahmsweise diesen Anspruch beschränkende Rechtsnorm für sich haben, — und bloß relative.

Unter die ersteren fallen: einerseits die allgemeinen Personenrechte, wie sie jedem Rechtsgenossen als solchem schon zukommen (§ 206 und § 197); andererseits die absoluten Vermögens- und absoluten Familienrechte, die im Gegensatze zu den allgemeinen Personenrechten stets auf etwas außer-

halb der eigenen Persönlichkeit Liegendes, durch die Privatrechtsnormen regelmäßig nur der Gattung nach Bestimmtes, sich beziehen, und zwar jene auf eine Nichtperson (Sache oder Thätigkeit), diese auf eine andere Person (Familienglied, Mündel u. s. w.). Zu den relativen Privatrechten dagegen sind zu zählen alle Rechtsansprüche gegen einen oder mehrere bestimmte Rechtsgenossen, mögen sie Schätzungswerth haben („Forderungsrechte" im technischen Sinne sein) oder nicht (wie die Rechte der Ehegatten, Eltern und Kinder u. s. w. gegen einander), sofern sie nur auf Normen beruhen, die dem Privatrechte des betreffenden Staats angehören oder subordinirt sind.

210. Mir liegt durchaus fern, an die in § 209 berührte Classification irgend welche Wünsche für die systematische Darstellung des Privatrechts knüpfen zu wollen. Je strenger eine Classification durchgeführt wird, um so einseitiger muß sie ausfallen. Und wenn es insbesondere als Hauptaufgabe der systematischen Darstellung eines bestimmten Privatrechts gelten muß, ein möglichst klares und übersichtliches Bild von dem Gesammtinhalt der Privatrechtsnormen zu geben, so ist die Position der z. Z. gebräuchlichen Privatrechtssystematik im Großen und Ganzen genommen eine wohlbegründete; namentlich ist gar kein Anlaß vorhanden, die Auffassung des Familien- und Erbrechts als eigenthümlicher selbständiger Hauptstücke aufzugeben. Nur zweierlei wäre m. E. behufs Verbesserung des Systems zu befürworten: die Aufnahme eines besondern Abschnitts über die Rechtstellung (vgl. oben § 202 ff.), ver-

bunden mit der unzweideutigen Anerkennung der allgemeinen Personenrechte (§ 206), und Erweiterung des Sachenrechts zur Lehre von den „absoluten Vermögensrechten"; beides Forderungen, zu deren Erfüllung die ersten Schritte bereits von Anderen gethan sind. Ob man außerdem die Lehre von den Forderungsrechten oder Obligationen durch eine Lehre von den relativen Vermögensrechten ersetzen will, ist eine bloße Frage der Titulatur.

Dagegen meine ich allerdings, daß die Classification der Privatrechte als absolute und relative von hoher Bedeutung ist für die Erkenntniß der formalen Structur der gesammten Privatrechtsverhältnisse. Sie beleuchtet mit Einem Schlage die schwache Seite zahlreicher hergebrachter Anschauungen, ganz besonders auf dem Gebiete des Sachenrechts. Nur natürlich daher, wenn uns gerade von dieser Seite die Haupteinwürfe kommen sollten; zugleich aber auch Anlaß genug, um unsere Ansicht gerade nach dieser Richtung hin wider abweichende Meinungen noch eingehender zu begründen. . . . .

Als Thema der Beweisführung gilt mir hierbei ein Doppeltes:

1) daß dasjenige, was ich selbst als Wesen des dinglichen Rechts betrachte, (der Anspruch gegen sämmtliche Rechtsgenossen in Bezug auf eine bestimmte Sache) allgemein wenigstens als zum Begriff jedes dinglichen Rechts gehörig vorausgesetzt wird, so sehr auch Einzelne dem zu widersprechen scheinen;
2) daß bei richtigem Verständniß dieses Begriffsbestandtheils für die Annahme weiterer wesentlicher Merkmale,

speciell einer sog. inneren Seite des dinglichen Rechts gar kein Raum bleibt.

211. Nach dem Vorgange Bekkers und Neuners hat neuerdings vor Allen Thon (Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 156 ff.) behauptet, daß „es ebenso müßig, wie irreführend" sei, einen „Anspruch gegen Jedermann" anzunehmen.

„So lange die das Eigenthum schützenden Normen nicht übertreten sind", heißt es bei ihm a. a. O., „so lange hat es keine Bedeutung, dem Eigenthümer einen Anspruch zuzuerkennen. Wird doch eingeräumt (nämlich nach Thon's Meinung von Windscheid, gegen den sich seine Bemerkungen direct wenden), daß letzterer (der Anspruch) eben so lange befriedigt sei — und ob Jemand gar keinen Anspruch hat, oder einen befriedigten Anspruch, kommt praktisch auf dasselbe hinaus. Sein Recht und Bedeutung müßte der Anspruch erproben, sobald er unbefriedigt bleibt. . . . . . Und was wird in solchem Falle mit jenem ‚Anspruche'? Denjenigen gegenüber, die ihn befriedigen, bleibt er derselbe, — dem gegenüber aber, der ihn unbefriedigt läßt, der nun die Wucht desselben fühlen sollte, diesem gegenüber ‚verwandelt' sich augenblicklich unser Anspruch in einen solchen andern Inhalts. Jener wesentliche Anspruch geht unter, ein anderer neuer, nunmehr bedeutungsvoller Anspruch entsteht. Man sieht, sofern man nur letzteren anerkennt, giebt man nichts preis als etwas, das zwar den Namen ‚Anspruch' führt, aber jeglicher Realität entbehrt."

Welche Fülle von Mißverständnissen und Irrungen in diesen wenigen Sätzen! Aber freilich sind sie alle nur die Consequenz des einen schon in § 156 bloßgelegten verhängnißvollen Vorurtheils, daß die Normen schützend über den Menschen stehen sollen, während sie doch in Wahrheit nur von einem gewissen Standpunkte aus so erscheinen und stets nur wirklich existiren d. h. Geltung haben in den dieselben anerkennenden Menschen, das will sagen, als Ansprüche und Pflichten. Was würde Thon wohl sagen, wenn Jemand behauptete: „so lange die das Eigenthum constituirenden Normen nicht übertreten sind, hat es keine Bedeutung, von Normen über das Eigenthum zu reden", „ob Jemand gar keine Normen für sich hat, oder eine (bisher) erfüllte Norm, kommt praktisch auf dasselbe hinaus" u. s. w.? Und doch würde dies der Sinn seiner eigenen Worte sein, sofern der Ausdruck „Anspruch" wirklich so verstanden wird, wie ihn im Allgemeinen diejenigen verstehen, welche für einen „Anspruch gegen jeden Dritten" sich aussprechen.

212. Zwei Zugeständnisse sind allerdings den Gegnern zu machen.

Für's Erste ist es nicht ganz correct zu sagen, der Anspruch „verwandle sich" in Folge der Verletzung oder Nichtbefolgung in einen Anspruch andern Inhalts. Die Sache liegt vielmehr folgendermaßen. Neben dem Anspruch gegen Jedermann auf Nichtstörung des Eigenthümers und in engster Verbindung mit diesem Anspruche stehen — wenigstens nach dem späteren römischen und unseren modernen Rechten — gleichzeitig mehrfache nach Inhalt und Richtung bedingte

Ansprüche (§ 143), darunter u. a. solche auf bestimmte positive Handlungen im Falle der Störung. Tritt nun dieser letztere Fall, die Störung, oder m. a. W. die Verletzung des Anspruchs auf Nichtstörung, durch einen bestimmten Dritten thatsächlich ein, so ist die nothwendige Wirkung, daß gegenüber dem betreffenden Störenfried je nach Art der Störung der eine oder andere bisher rein bedingte Anspruch (z. B. auf Rückgabe oder Schadenersatz) zum unbedingten und damit auch zuerst äußerlich wirksam wird. Ob dagegen der Anspruch gegen Jedermann auf Nichtstörung auch nach der Störung und speciell dem Störer gegenüber, sowie der gegen den Störer unbedingt gewordene Anspruch sonstigen Dritten gegenüber als bedingter (wie bisher) bestehen bleibt, ist eine Frage, die je nach Umständen verschieden beantwortet werden muß. Ist die Sache durch die Störung untergegangen, so ist natürlich allen weiteren Ansprüchen des bisherigen Eigenthümers bezüglich der Sache selbst der Boden entzogen. Das Gleiche gilt, wenn zwar nicht die Sache, wohl aber nach dem betreffenden positiven Rechte das Eigenthumsrecht des bisherigen Eigenthümers nach der Störung resp. nach gewissen später aufgetretenen Thatsachen als vernichtet anzusehen ist. Wo aber weder das eine, noch das andere der Fall, da ist die obige Frage zu bejahen. Denn weder ist hier ein Grund ersichtlich, warum durch die Störung eines Einzelnen auch das Verhältniß des Eigenthümers zu allen denen, die bisher ihre Pflichten gegen ihn erfüllt haben, verändert sei, noch läßt sich annehmen, daß durch das Unbedingtwerden des Anspruchs auf eine positive Handlung des Störers der die Voraus-

setzung bildende Anspruch auf Nichtstörung beseitigt sei. Wohl tritt der letztere dem Störer gegenüber in vielen Fällen gegen den Anspruch auf die positive Leistung zurück, ja er hat bisweilen neben diesem gar keinen besonderen Inhalt mehr; aber darum bleibt er doch, was er war, wie er denn auch in zahlreichen anderen Fällen neben dem Anspruch auf die positive Leistung z. B. neben allen Ansprüchen auf Entschädigung oder Sicherstellung wegen bloßer Besitzstörung ganz deutlich hervortritt.

Die Wirkung der Störung auf das dingliche Recht, d. h. auf den Anspruch gegen Jedermann auf Nichtstörung nebst den regelmäßig damit verbundenen bedingten Ansprüchen auf Rückgabe, Schadenersatz u. s. w., kann mithin eine doppelte sein. Entweder geht das dingliche Recht ganz verloren und es tritt an dessen Stelle nur der obligatorische Anspruch des bisherigen dinglich Berechtigten an den Störer resp. gewisse dritte Personen. Oder das dingliche Recht bleibt bestehen und es tritt nur neben dasselbe der letztgedachte obligatorische Anspruch. Wie ich übrigens dazu komme, die Ansprüche auf Rückgabe, Schadenersatz u. s. w., sobald sie in einer bestimmten Person als Störer unbedingte geworden sind, als obligatorische zu bezeichnen, während ich sie in ihrer bloß bedingten Gestalt als Annexa des dinglichen Hauptanspruchs auf Nichtstörung betrachte, erklärt sich nach der in § 207 gegebenen Begriffsbestimmung ohne Schwierigkeit. Zugleich aber folgt aus dem zuletzt Bemerkten, daß den unmittelbaren Gegenstand des Processes stets ein obligatorisches oder ein dem obligatorischen analoges Rechtsverhältniß, m. a. W. ein relatives Privatrecht bildet.

Was die „dinglichen Klagen", sowie die Statusklagen, von den sog. persönlichen, insbesondere den Delictsklagen scheidet, ist nicht die Natur der Ansprüche, auf deren Befriedigung sie unmittelbar gerichtet sind, sondern eine Verschiedenheit der Gründe, auf welche diese Ansprüche sich stützen, eine Verschiedenheit der superordinirten Ansprüche (Normen), aus welchen die Geltung der zunächst zu befriedigenden Ansprüche gefolgert wird.

213. Zum Zweiten ist zuzugeben, daß der Ausdruck „Anspruch gegen Jedermann (gegen jeden Dritten)" mehr besagt, als er eigentlich besagen soll — wenigstens nach unserer Meinung. Ein Rechtsanspruch gegen „alle Mitmenschen" oder gegen „alle Welt", diese Worte buchstäblich genommen, wäre sicher ein Unding; das Gebiet des subjectiven Rechts ist nicht ausgedehnter zu denken, als das des objectiven. Meinerseits habe ich deshalb schon bisher meist genauer von Ansprüchen gegen jeden Rechtsgenossen im weiteren Sinne geredet; aber auch die laxere Bezeichnungsweise „Anspruch gegen jeden Dritten" oder „gegen Jedermann", falls man nur ohne Vorurtheil an sie herantritt, ist wohl kaum mißzuverstehen. Offenbar ist mit dem „Jedermann" gemeint: ein Jeder, der überhaupt verpflichtet wird durch Normen derjenigen Rechtsordnung, in welcher die Qualität des betreffenden dinglichen Anspruchs als eines Rechtsanspruchs beruht.

Noch weniger bedarf es wohl der Bemerkung, daß Niemand daran gedacht hat, mit der Annahme eines solchen Anspruchs gegen Jedermann die Möglichkeit von Ausnahmen, die auf besondere Rechtstitel sich gründen,

ausschließen zu wollen. Zu jede Begriffsbestimmung sowohl des dinglichen Rechts überhaupt, als der verschiedenen Arten der dinglichen Rechte schließt sich vielmehr stillschweigend die Clausel: „soweit nicht Andere aus den oder jenen Rechtsgründen den oder jenen besonderen Anspruch gegen den Inhaber des zu definirenden Rechts haben". Für gewisse Arten dinglicher Rechte, wie insbesondere für das Recht des einfachen possessor, sowie auch noch für das des Usucapionsbesitzers, gehört sogar zum Begriff des betreffenden Rechtes der Hinweis auf bestimmte Ausnahmen, auf das Recht des noch besser Berechtigten.

214. Kehren wir zu dem Thema unserer Beweisführung (§ 210, 1) zurück. Ich habe nicht bloß die Unhaltbarkeit der Gründe behauptet, welche bisher wider die Auffassung der dinglichen Rechte als von „Rechtsansprüchen gegen Jedermann" vorgebracht worden sind; ich habe vielmehr positiv behauptet, daß die Gegner in der Sache selbst nicht minder dasjenige voraussetzen, was wir als Anspruch gegen Jedermann bezeichnen. Einen Beleg für die Richtigkeit dieser Behauptung bildet schon das in § 211 Bemerkte; es ist nicht schwer, ihn noch durch einige weitere Belege aus dem Werke Thons zu verstärken.

Thon definirt den Eigenthümer als „denjenigen, welcher gegen den Genuß der Sache seitens dritter Personen in relativ weitestem Umfange durch Normen geschützt wird". Schon diese Definition besagt für jeden Unbefangenen nichts anderes, als die Auffassung des Eigenthumsrechts als eines Rechtsanspruchs gegen Jedermann. Noch deutlicher aber tritt diese thatsächliche Uebereinstimmung

hervor, wenn man hinzunimmt, was derselbe Autor dann weiter S. 164 über den Unterschied des Eigenthums von anderen dinglichen Rechten bemerkt:

„In rechtlicher Beziehung zeichnet sich — (auch wenn der ökonomische Werth des Eigenthums zufolge eines dasselbe in concreto beschränkenden dinglichen Rechts weit geringer ist als der des letzteren) immer noch die Stellung des Eigenthümers vor der des anderweit Berechtigten aus: nämlich im Verhältnisse zu dritten Personen. Diese sind dem Inhalte des jus in re aliena gegenüber nur zur Unterlassung gewisser Genußhandlungen verpflichtet. . . . Dagegen sind dem Eigenthümer gegenüber stets alle Genußhandlungen dritter Personen verboten, mag auch das Eigenthum durch die oder jene Servitut belastet sein. Auch dem beschränktesten Eigenthume entspricht mithin die Verpflichtung einer unbestimmten Anzahl von Personen, und zwar mit einem weitergehenden Inhalte, als der Verpflichtung in Folge eines beschränkenden dinglichen Rechts gemeinhin zukommt."

Es liegt klar am Tage: die „unbestimmte Anzahl von verpflichteten Personen", das ist der „Jedermann", den Thon vorher für so bedenklich erachtete. Und die „Verpflichtung" dieser unbestimmten Anzahl, das ist genau dieselbe Verpflichtung, welche, von Seiten des Eigenthümers oder überhaupt des dinglich Berechtigten angesehen, als sein Anspruch sich darstellt.

215. Erscheint nach den vorausgegangenen Auseinandersetzungen die Differenz über den „Anspruch gegen Jeder-

mann" wesentlich als ein Wortstreit, so darf ich eine weitere Auseinandersetzung mit dem Hauptgegner dieser Bezeichnungsweise bezüglich unseres zweiten Beweisthemas für vollständig überflüssig erachten. Denn davon, daß zum Wesen des dinglichen Rechts ein erlaubter Genuß (ein Dürfen oder wie man sonst sagen will) gehöre, will auch Thon nichts wissen, und was er in dieser Beziehung wider die herrschende Meinung im sechsten Abschnitte seines Buches geltend gemacht hat, gehört m. E. zu dessen verdienstlichsten Partien. Wenn trotzdem jüngst wieder Bekker („Allerlei von dinglichen Rechten", Zeitschr. f. vergleichende Rechtsw., Bd. II) für jene angebliche „innere Seite des dinglichen Rechts" eingetreten ist, so verdient er insofern unsern vollen Dank, als er sich dabei nicht auf wegwerfende Aeußerungen über die gegnerische Ansicht beschränkt, sondern wenigstens einen Versuch gemacht hat, die althergebrachte Auffassung von den dinglichen Rechten den ihr gewordenen Angriffen gegenüber zu rechtfertigen. Aber in Wahrheit zeigt dieser Rechtfertigungsversuch nun erst recht deutlich, daß die Stärke der althergebrachten Auffassung hauptsächlich in dem Fehlen jeglicher Opposition bestand.

216. Gewiß tritt dasjenige, was wir dingliches Recht nennen, im Leben regelmäßig — „von etwaigen seltenen Ausnahmen abgesehen" — nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit der von Bekker als innere Seite des Rechts bezeichneten, „in den Augen der Masse zweifellos besseren Hälfte" auf. Höchst seltsam jedoch ist die hieraus gezogene Schlußfolgerung zu Gunsten einer Verbindung der „beiden Hälften" in der Begriffsbestimmung des

dinglichen Rechts. Schon das Zugeständniß eines einzigen Ausnahmefalles müßte genügen, die Berechtigung unserer Opposition zu beweisen. Denn was wesentliche Seite eines Verhältnisses sein soll, kann demselben niemals fehlen; und was jemals einem Verhältnisse fehlen kann, erweist sich eben damit als etwas, das nicht wesentlicher Bestandtheil des fraglichen Verhältnisses ist. Oder meint man etwa, der alte Erfahrungssatz „keine Regel ohne Ausnahme" lasse sich zugleich als logischer Grundsatz verwenden und dann auch passend dahin variiren: „keine Begriffsbestimmung ohne Ausnahme"?

217. Daß nach unserer Ansicht vom dinglichen Rechte bei jedem Vorgange von rechtlicher Bedeutung die Frage aufzuwerfen ist, ob dieses Ereigniß das dingliche Recht selbst oder den erlaubten Sachgenuß oder beide gleichzeitig berühre, kann ich freilich nicht leugnen. Gemeint habe ich aber bisher, dergleichen Wahrheiten bedürften überhaupt keines Beweises mehr; liegt doch beispielsweise beim Verlierenden, beim Bestohlenen u. s. w. das Fehlen jedes erlaubten Sachgenusses, während das Eigenthumsrecht fortbesteht, klar auf der Hand. Die Sorge, es möchte hierdurch eine besondere Doppeltheorie nöthig werden „von Rechten und Nichtrechten, die jenen erst die Bedeutung für den Verkehr geben", erweist sich sofort als müßig, sobald man sich nur klar macht, daß rechtliches Erlaubtsein überall anzunehmen, wo kein rechtliches Verbot (s. § 130 und hierzu den Excurs A im Anhang) oder, was dasselbe besagt, kein Rechtsanspruch Anderer, also auch keine eigene Rechtspflicht entgegensteht. Denn hiernach be-

darf es überall keiner besonderen Theorie vom Dürfen oder Erlaubtsein; was der Dinglich-Berechtigte mit der Sache machen darf, ist einfach zu folgern aus dem, was er trotz seines dinglichen Rechtes etwa nicht darf; fände sich gar nichts, was er nicht dürfte, so wäre ihm eben alles (in Bezug auf die Sache) erlaubt. Viel eher ließe sich der herrschenden Meinung vorwerfen, sie beruhe auf einer „Doppeltheorie" vom Dürfen und Nichtdürfen, durch welche der contradictorische Gegensatz zwischen diesen beiden Begriffen geradezu verleugnet werde.

218. Warum ferner der Begriff des Vermögens durch die Auseinanderhaltung von erlaubtem Sachgenuß und dinglichem Rechte verdorben werde, verstehe ich, ehrlich gestanden, nicht. Natürlich sind nach unserer Meinung zum Vermögen im juristischen Sinne, als einem reinen „Complex von Rechten", resp. als einem Complex von Rechten und Pflichten, welche einen wirthschaftlichen Schätzungswerth haben (vgl. oben § 176), auch nur die dinglichen Rechte als solche mitzurechnen. Und zwar würde hieran auch der Umstand nichts ändern, daß erst hierdurch eine Differenz zwischen dem juristischen Begriff des Vermögens und dem ökonomischen herbeigeführt würde. Indessen ist dies sicherlich nicht zu behaupten. Einmal hat der erlaubte Sachgenuß, für sich allein betrachtet, gar keinen Vermögenswerth. Er besteht in weitester Ausdehnung in Bezug auf herrenlose Sachen für Jeden, welcher thatsächlich in der Lage ist, damit nach Belieben zu verfahren; und nicht minder besteht er in bestimmter Beschränkung bezüglich öffentlicher Straßen, Plätze, Gebäude, Anstalten u. s. w. Vermögenswerth aber

erhält er einzig dadurch, daß er — in größerer oder geringerer Ausdehnung — ein ausschließlicher einer Person wird, d. h. durch die rechtliche Anerkennung eines Anspruchs darauf, daß jeder Andere sich einer Einwirkung auf die Sache zu enthalten hat, es sei denn, daß er seinerseits sich auf einen besonderen Rechtstitel zu solcher Einwirkung berufen könne. Andererseits ist freilich zuzugeben, daß ein und dasselbe Recht meist einen höheren wirthschaftlichen Werth hat, wenn der Berechtigte zugleich den vollen Sachgenuß hat, als wenn der letztere aus irgend einem Grunde vollständig fehlt. Allein genau dieselbe Erscheinung läßt sich am Forderungsrechte beobachten: ein' und dieselbe Schuldforderung hat einen ganz verschiedenen Werth, je nachdem der Schuldner zahlungsfähig ist oder nicht.

219. Am allerwenigsten endlich möchte das angebliche Bedürfniß, den Rechtsanspruch (bezüglich der Sache) gegen Jedermann und den erlaubten Sachgenuß zu einem Begriffe zusammen zu fassen, damit zu motiviren sein, daß die strenge Auseinanderhaltung der beiden Begriffe nur als eine für das Leben völlig unbrauchbare Gelehrsamkeit anzusehen sei.

Ich halte es für durchaus nicht so schwer, auch dem gemeinen Manne begreiflich zu machen, daß erlaubter Sachgenuß und Eigenthumsrecht zwei durchaus verschiedene Dinge sind, daß man den ersteren vollständig verlieren kann, ohne auch nur das Mindeste vom letzteren zu verlieren, u. s. w. Ich halte diese Aufklärung für möglich, obgleich der Sprachgebrauch, der für die Begriffe „Anspruch" und „Dürfen" das gleiche Wort „Recht" zuläßt (§ 147), leider die fortgesetzte Vermengung erleichtert.

Doch gleichviel. Für die Wissenschaft kommt es — abgesehen von den hier ganz außer Betracht bleibenden Fictionen — allein darauf an, was richtig ist; nur wo zwischen mehreren richtigen Auffassungen zu wählen ist, kann in Frage kommen, welche davon handlicher, praktischer, für das Leben fruchtbarer ist. Und überdies bedarf es kaum der Bemerkung, daß gerade die „juristische Praxis" im weitesten Sinne es stets nur mit demjenigen zu thun hat, was wir als Wesen des dinglichen Rechts betrachten, und daß man daraus mit noch besserem Grunde schließen könnte, die Erhebung des erlaubten Sachgenusses zur inneren Seite des dinglichen Rechts — selbst wenn sie theoretisch zu rechtfertigen wäre — sei für das Rechtsleben völlig unfruchtbar.

220. Mit alledem soll natürlich nicht bestritten werden, daß zwischen den begrifflich auseinander zu haltenden Verhältnissen ein enger Zusammenhang besteht. Vielmehr folgt dieser Zusammenhang schon aus dem über die Ableitung des Erlaubtseins von dem Mangel entgegenstehender Normen Gesagten. Insbesondere ist zu beachten, daß stets gerade diejenige Norm, welche den Anspruch des dinglich Berechtigten darstellt, nur Anderen bezüglich der betreffenden Sache Pflichten auferlegt, also damit zugleich die Freiheit des dinglich Berechtigten selbst voraussetzt, nach seinem Belieben mit der Sache überhaupt (als Eigenthümer) oder doch in einer bestimmten Weise (als Inhaber eines jus in re aliena) zu verfahren, soweit diese Freiheit nicht etwa durch andere, auch ihn bezüglich derselben Sache verpflichtende Normen beschränkt oder auch zeitweilig ganz auf-

gehoben ist. Es ist dies im Wesen der Sache derselbe Zusammenhang, welcher der bisher herrschenden Ansicht als Thatsache vor Augen schwebt, aber von ihr dadurch entstellt wird, daß sie das Verhältniß, das zwischen den verbundenen Vorstellungen besteht, gerade umkehrt und aus einer nur in der Regel mit dem Dasein eines dinglichen Rechts verknüpften Voraussetzung den Hauptbestandtheil des Begriffs macht *).

---

*) Anderer Art, aber allerdings m. E. nicht minder unleugbar, ist der Zusammenhang zwischen dinglichem Recht und Veräußerungsbefugniß. Wohl ist der letztere Begriff in dem Sinne ein selbständiger, als sein Inhalt im Allgemeinen nicht als wesentlicher Bestandtheil, wesentliches Merkmal des ersteren aufgefaßt werden kann. Denn nicht nur ist die Veräußerungsbefugniß bei gewissen dinglichen Rechten vollständig oder doch der Regel nach ausgeschlossen, sondern sie kann auch fehlen, wo sie regelmäßig dem Berechtigten zuzustehen pflegt, wie namentlich beim Eigenthum, — ohne daß darum irgend Jemand dem betreffenden Rechte die Qualität als Eigenthumsrecht abspricht. Aber eben so gewiß kommt diejenige Art des rechtlichen Könnens, die wir als Veräußerungsbefugniß bezeichnen, niemals für sich allein, sondern immer nur als Annexum bestimmter Hauptrechte vor, ganz besonders als Annexum des Eigenthumsrechts und einiger anderen dinglichen, aber bisweilen auch als Annexum gewisser öffentlicher Rechte. (Vgl. Hölder in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht XXIV, 599.) Beim Pfandrecht wird die Veräußerungsbefugniß sogar zu einem wesentlichen Bestandtheile des Begriffs. Wie dies nach unserer Auffassung vom subjectiven Rechte zu erklären, ergiebt sich leicht aus § 158, wo als das Rechtliche im „rechtlichen Können" bedingte Ansprüche (also Rechte) resp. Pflichten bezeichnet worden sind. Eine weitere Ausführung würde jedoch, wie schon in § 158 bemerkt, eine Verständigung über das Wesen des Rechtsgeschäfts voraussetzen, wie solche erst im 3. Buche in Angriff genommen werden kann.

221. Beiläufig noch einige Bemerkungen über die Consequenzen unserer Ansicht für die Theorie vom Besitz. Der Streit über die Frage, ob der Besitz ein „Factum" oder „ein Recht" oder „beides zusammen" sei, scheint augenblicklich noch so wenig seinem Ende nahe, wie vor achtzig Jahren. Auch die Behauptung, er sei „keins von beiden, sondern ein Rechtsgut", wird zur Erledigung des Streites schwerlich viel beitragen. Ein Zustand oder Verhältniß, das thatsächlich besteht, hört sicherlich nicht auf „Factum" zu sein, weil etwa das positive Recht an seiner Erhaltung Interesse hat und darum Maßregeln gegen unerwünschte Störung trifft. Und ebenso wenig ist abzusehen, warum nicht alle im Rechte begründeten Ansprüche, m. a. W. alle subjectiven Rechte ebenfalls als Rechtsgüter prädicirt werden könnten; denn als Gut erscheint uns schließlich alles, was einen Werth für uns hat. Selbst wenn man die Möglichkeit, daß das Recht selbst verletzt werden könne, bestreitet, darf man nicht daraus folgern, daß das Recht kein Gut sei; vielmehr ist klar, daß ein Gut um so werthvoller, d. h. um so mehr wahres „Gut" ist, je weniger es verletzt werden kann.

Dagegen verlohnt es sich vielleicht, einmal die Fragstellung, „ob Factum, ob Recht, oder beides zusammen" etwas näher ins Auge zu fassen *). Wir haben schon

*) Der Text des vorliegenden Paragraphen war bereits niedergeschrieben, als mir Bekkers „Recht des Besitzes bei den Römern" (Leipzig 1880) zu Händen kam. Um so mehr gereicht es mir zur Freude, darin (insbes. in den §§ 4. 5) einer Reihe von Ausführungen zu begegnen, die im Wesentlichen zu denselben Resultaten führen, —

früher — bei der Erörterung über den Begriff des Rechtsverhältnisses — darauf hinzuweisen gehabt, daß Thatsache und rechtliche Sanction nicht in der Weise als Gegensätze aufzufassen sind, wie dies gewöhnlich geschieht, daß vielmehr die Anerkennung, welche das constituirende Moment im Rechte bildet, ebenfalls etwas Thatsächliches, Factisches ist, nur ein Factum besonderer Art. Die gleiche Bemerkung gilt für die Gegenüberstellung von Thatsachen und subjectiven Rechten. Daß Jemand einen rechtlichen von den Genossen anerkannten Anspruch hat, ist eben auch ein Factum. Dies vorausgesetzt, kann nun kaum ein Zweifel sein, daß die obige Fragestellung eine unrichtige ist. Ein Factum ist jeder Besitz; gestritten kann nur werden, ob dieses Factum oder richtiger die mehreren verschiedenen Facta, die neben einander als Besitz bezeichnet werden, Rechte resp. Rechtsverhältnisse darstellen oder nicht.

Wenn andererseits Rechtsverhältnisse überhaupt nur zwischen Person und Person, als Verhältnisse von Rechtsanspruch und Rechtspflicht anzunehmen sind, so kann kein Verhältniß bloß einer Person zu einer Sache für sich allein

---

abgesehen natürlich von dem, was mit unserer Differenz über den Begriff des subjectiven Rechts und die „innere Seite" der dinglichen Rechte zusammenhängt. Uebrigens dürfte gerade im Besitzrecht die Unhaltbarkeit dieser „innern Seite" des dinglichen Rechts besonders deutlich hervortreten, sofern ein Besitzrecht auch an Sachen vorkommt, bezüglich derer von einem rechtmäßigen Gebrauche keine Rede sein kann; der einzige rechtmäßige Gebrauch, den ein Dieb von der gestohlenen Sache machen könnte, würde die Rückgabe an den Bestohlenen sein.

schon Rechtsverhältniß sein. Auch ist es dabei offenbar gleichgültig, ob jene eine Person den animus rem sibi habendi hat, oder irgend welche andere Intention. Möglich ist Innehaben von Sachen mit einem bestimmten Willen des Inhabers selbst in vollständiger Einöde, außerhalb jeder Rechtsgemeinschaft; von einem Rechtsverhältnisse aber kann erst die Rede sein, wenn der bestimmte animus des Inhabers zugleich als ein im positiven Rechte einer Rechtsgemeinschaft begründeter Anspruch erscheint, mithin ihm auch entsprechende Pflichten von Rechtsgenossen gegenüberstehen. Demgemäß ist zu sagen: Sowohl die bloße Detention, als der sog. juristische Besitz sind an und für sich betrachtet d. h. ohne alle Rücksicht darauf, ob dem animus des Inhabers irgend welche Rechtspflichten von Rechtsgenossen correspondiren, nicht Rechtsverhältnisse; aber eben so gewiß begründen sie nach unseren bekannten positiven Rechten, d. h. falls Inhaber oder Besitzer in deren Herrschaftsgebiet fallen, zugleich Rechtsverhältnisse, sofern und soweit dem animus des Detentors oder juristischen Besitzers eine Anerkennung des betreffenden positiven Rechts zu Gute kommt, oder m. a. W. ihm gewisse Pflichten der übrigen Rechtsgenossen entsprechen. Daß diese Rechtsverhältnisse im Allgemeinen als dingliche anzusehen, sowie daß sie mannigfacher Abstufung fähig sind, je nachdem außer der bloßen Thatsache der Detention oder des juristischen Besitzes noch andere Thatsachen, z. B. die Entstehungsart des Verhältnisses, die bona fides des Besitzers u. s. w. in Betracht kommen (vgl. § 213), wird wenigstens für diejenigen keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, die das Wesen des dinglichen Rechts

mit uns finden in einem Anspruch auf Nichtstörung des Berechtigten in seinem Verhalten zu einer Sache, gerichtet an jeden Rechtsgenossen, der nicht einen besseren, d. h. den ersten Anspruch ganz oder doch in bestimmter Beziehung ausschließenden Anspruch hat.

222. Der einzige schlechthin durchgreifende Unterschied der obligatorischen Rechte von den dinglichen besteht nach §§ 207. 209 darin, daß die letzteren absolute, die ersteren relative Vermögensrechte, oder, was dasselbe besagt, die einen Ansprüche an jeden Rechtsgenossen, die andern Ansprüche an einzelne, durch die superordinirten Privatrechtsnormen zunächst nur bedingt bestimmte Rechtsgenossen sind. Damit ist der Schwerpunkt des Gegensatzes in die Bestimmung der Subjecte verlegt, welche in den betreffenden Vermögensrechtsverhältnissen als Verpflichtete erscheinen, während die bisherige Doctrin ihn regelmäßig in einer Verschiedenartigkeit des Inhaltes oder Gegenstandes der Vermögensrechtsverhältnisse gesucht hat. Und ebendarum wird Manchem meine Auffassung der obligatorischen Rechte nicht viel weniger seltsam dünken, als meine Stellung bezüglich der dinglichen. Genauer betrachtet jedoch ist diese Auffassung nicht nur eine Consequenz der als nothwendig erkannten Identificirung von Rechtsanspruch und Recht im subjectiven Sinne überhaupt, sondern sie steht auch der Entwickelung, welche die Lehre von der Obligation neuerdings erfahren hat, beträchtlich näher, als es auf den ersten Anblick vielleicht scheinen mag.

223. Die verschiedenen Ausführungen von Brinz

über den Begriff der Obligation können als Anfangspunkt für eine zweifache Reihe von Untersuchungen betrachtet werden.

Den Beginn der einen Reihe bezeichnet die Verwerfung der Puchta'schen Auffassung der Obligationen als „Rechte an Handlungen". Der seitdem zu weitverbreiteter Geltung gelangte Gedanke, daß das obligatorische Recht vielmehr ein „Recht auf Handlung" sei, ist zugleich der Vater der von Hartmann und Sohm vertretenen Theorie von den obligatorischen Rechten als Rechten mit Spannung auf ein zukünftiges Ziel, im Gegensatz zu den dinglichen als Rechten ohne Spannung. Sein Extrem aber hat er gefunden in den „Versuchen, ein facere des Schuldners als Erfüllung bei den Obligationen in non faciendo herauszuklügeln." Der Rückschlag hiergegen hat nicht ausbleiben können. Das letzterwähnte Extrem ist von den Meisten, insbesondere auch von Hartmann („Die Obligation", S. 117, Anm. 2) abgelehnt worden. Und noch weitergehend hat Thon mit guten Gründen zu erhärten sich bemüht, daß der Gegensatz von „Rechten mit oder ohne Spannung auf die Zukunft" einzig dem Gegensatze von Gebot und Verbot entspricht, daß genau dieselben Verbote, welche den Inhalt dinglicher Rechte bilden, auch den Inhalt obligatorischer Verpflichtungen bilden können, und daß mithin der gedachte Gegensatz wohl zu einer Sonderung innerhalb der obligatorischen Rechte, nimmermehr aber zur Unterscheidung der obligatorischen von den dinglichen Rechten zu dienen vermöge. Als positives Resultat dieses Theils der Thon'schen Kritik aber erscheint der Satz: Die Ob-

ligation ist im Allgemeinen „die von der Rechtsordnung einzelnen Personen auferlegte Verpflichtung".

Es ist nun unschwer zu sehen, wie diese Definition Thon's in der Sache durchaus übereinstimmt mit unserer Auffassung des Unterschieds zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen; in jedem einzelnen, concreten, dinglichen Rechtsverhältniß stehen dem Berechtigten alle Rechtsgenossen (soweit sie nicht ausnahmsweise einen besonderen Rechtstitel für sich haben) als gleichzeitig Verpflichtete gegenüber; im einzelnen, concreten, obligatorischen dagegen erscheinen als Verpflichtete, wie als Berechtigte immer nur einzelne *) Rechtsgenossen. Wenn dieser Unterschied bei Thon vielleicht noch nicht mit der wünschenswerthen Schärfe formulirt ist, so erklärt sich dies namentlich aus der Vernachlässigung des Begriffes des Rechtsverhältnisses, sowie aus der ausdrücklichen Leugnung von Ansprüchen gegen Jedermann.

224. Die zweite Reihe der obgedachten Erörterungen beginnt mit einer energischen Opposition wider jede Auffassung, die in der Obligation wesentlich „Verpflichtung" sieht. Zwar gesteht Brinz — gegen Bekker — offen zu, daß die personarum obligatio stets auch eine Verpflichtung, ein Sollen in sich schließe (vgl. jetzt Pandecten, 2. Aufl., § 206, II, 1). Allein die personarum obligatio, behauptet er, sei nur der eine Hauptzweig der Obligation, neben

---

*) Durch die Fassung im Text ist nicht ausgeschlossen, daß es Mehrere sind, so daß die Frage, wie speciell die Correalobligationen zu construiren sind, ganz bei Seite bleiben kann. Der Gegensatz zu den „einzelnen" sind hier nur „alle" Rechtsgenossen.

welchem als zweiter die rei obligatio stehe, und das allen Obligationen Gemeinsame sei nicht Verpflichtung, sondern Haftung, nämlich in dem einen Falle Haftung der Person — entweder mit ihrem Leibe oder mit ihrem Vermögen —, in dem andern Falle Haftung einer bestimmten Sache resp. Sachgesammtheit.

Trotz der geistvollen Durchführung, die dieser Behauptung im Einzelnen zu Theil geworden, hat dieselbe so allgemein Widerspruch gefunden, daß ich glaube, zumal mit Rücksicht auf die meisterhafte Widerlegung in dem schon citirten Werke Hartmanns, die auch der neuesten Darstellung von Brinz gegenüber vollgültig bleibt, von jeder weiteren Polemik gegen dieselbe absehen zu dürfen.

Um so mehr gehen die Meinungen noch darüber auseinander, wie das Verhältniß zwischen dem „Sollen" oder der „concreten Norm", die bei jeder Obligation anzunehmen, und der darauf bezüglichen „Sanction" der Obligation zu construiren sei. Hartmann betrachtet dieses Verhältniß als ein nothwendiges, eine Obligation ohne „äußere Sanction", ohne einen „zwingenden Apparat, der den Kern des Zweckes der Obligation in seine schützende Schale hüllt", als ein rechtliches Nichts. Dagegen haben Degenkolb und Sohm mit gleich großer Entschiedenheit verneint, daß zwischen dem einzelnen obligatorischen Rechte und den mehrfachen Möglichkeiten der Rechtsverfolgung, insbesondere der Klage, ein inneres Verhältniß bestehe, da die letztere vielmehr durchaus dem öffentlichen Rechte angehöre.

225. Die Entscheidung dieser Streitfrage hängt in erster Linie natürlich davon ab, welche Bedeutung man

dem Zwange überhaupt im Rechte zuerkennt. Unsere eigene Stellung in dieser Beziehung ist bereits wiederholt gekennzeichnet und begründet worden. Das im X. Abschnitt des ersten Buches (§§ 102 ff.) wider das Erforderniß der Erzwingbarkeit der Rechts**normen** Ausgeführte hat bisher Niemand wahrhaft zu widerlegen versucht; ich habe daher auch keinen Grund, mich nochmals eingehend hierüber zu äußern. Was speciell gegen die Beschränkung des Requisites der Erzwingbarkeit oder richtiger einer näher bestimmten Art derselben auf den Begriff des **subjectiven** Rechts zu sagen war, ist im gegenwärtigen Buche (insbes. Abschn. IV, §§ 151 ff.) gesagt.

Auf der andern Seite habe ich das Zugeständniß zu machen, daß aus der Annahme von unerzwingbaren oder ungeschützten Rechtsnormen und resp. Rechtsansprüchen nicht unbedingt die Annahme von **obligatorischen** Rechten ohne jede äußere Sanction folgen müßte. Es wäre vielmehr immer noch möglich, daß gerade der Titel „obligatorisch" stets nur solchen Rechtsansprüchen zukäme, welchen das Gesetz einen zwingenden Apparat zum Schutze des Zwecks des Rechtsanspruchs zur Seite gestellt hat. Bei genauerer Betrachtung indessen ist dies ganz ebenso zu verneinen, wie die Lehre vom Zwange als wesentlichem Merkmale alles Rechts überhaupt.

Was zunächst **Hartmann** selbst bezüglich des Zwangsmoments in der Obligation vorgebracht hat, scheint mir in Wahrheit **gegen** seine Ansicht zu sprechen. Die Selbsthülfe, mag sie nun erlaubt sein oder nicht, ist freilich stets ein Zwangsapparat in der Hand dessen, der sich selbst

hilft, aber sie ist sicherlich niemals, auch nicht wo sie ausdrücklich für zulässig erklärt ist, ein Zwangsapparat des Rechts selbst. Noch weniger läßt sich die bloße Verneinung des Rückforderungsrechts des Verpflichteten als ein Zwangsapparat bezeichnen, durch welchen der Anspruch des Berechtigten vor der Zahlung bereits geschützt wäre. In der Herbeiziehung solcher Beispiele liegt in Wahrheit das Zugeständniß, daß die bezüglichen Rechtsverhältnisse eines zwingenden Apparats zum Schutze des Berechtigten entbehren. Zum Mindesten geht mit einer Erweiterung des Zwangsbegriffs in dem von Hartmann gebilligten Maße seine vermeintliche Bedeutung als Unterscheidungsmerkmal einer Art von Normen im Gegensatz zu anderen Arten völlig verloren. Es giebt auch in unserm Sinne kaum einen Privatrechtsanspruch, bei dem man nicht einen derartigen minimalen Zwangsapparat ausfindig machen könnte. Ja, schließlich liegt in dem innern Zusammenhange der anerkannten Rechtsnormen und respectiven Rechtsverhältnisse, in der logischen Nothwendigkeit, eine gewisse Pflicht anzuerkennen, wenn man nicht gleichzeitig das ganze System von Rechten und Pflichten verwerfen will, ein Zwang, wie er für jeden gewissenhaften Menschen von größerem Gewicht ist, als irgend ein anderer Zwangsapparat.

Eher noch vermöchte ich zuzugeben, der Titel „obligatio“ passe strenggenommen nur auf solche relativen Vermögensrechtsverhältnisse, bei welchen dem Berechtigten eine Möglichkeit der Rechtsverfolgung im engern Sinne dieses Worts, oder m. a. W. Staatshülfe zur Erreichung des bei dem Rechtsverhältniß maßgebenden Zweckes

zur Seite steht. Allein für die Systematik des Rechts, die uns doch hier ausschließlich interessirt, würde eine solche Concession so lange nichts bedeuten, so lange nicht der Beweis erbracht ist, daß darum auch den Naturalobligationen entweder gar kein Platz im Rechtssysteme mehr gebührt oder umgekehrt ein durchaus selbständiger neben dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen. Ob ein Versuch in dieser Richtung irgend welche Aussicht des Gelingens hätte, darf man billig bezweifeln. Mit Bemerkungen, wie sie die römischen Juristen bisweilen hingeworfen haben, daß man bei den fraglichen Verhältnissen nur minus proprie oder per abusionem von einem creditor und debitor sprechen könne, ist jedenfalls gar nichts hierfür gethan; sie erklären sich sehr einfach daraus, daß in dem Sprachgebrauche der juristischen Praxis mit den Ausdrücken creditor und debitor Vorstellungen verbunden wurden, die mit denjenigen Verhältnissen, die man später als naturales obligationes zu bezeichnen begann, gerade nicht zu verbinden waren; sie leugnen dagegen keineswegs, daß in der civilis und naturalis obligatio wichtige Rechtselemente gleichmäßig vorhanden sind, welche die Erstreckung des allgemeineren Titels von ersterer auf letztere rechtfertigten. Erkennt man aber überhaupt an, daß Civil- und Naturalobligationen Unterarten einer Gattung sind, zu welcher sich die absoluten Vermögensrechte nicht als eine dritte Unterart, sondern vielmehr als eine andere ebenbürtige Gattung verhalten, — und thatsächlich thun dies auch diejenigen neueren Romanisten, welche die Naturalobligationen als mit Unrecht so benannte ansehen —, so kommt wenig oder nichts darauf

an, ob man den Ausdruck „Obligation" lieber etwas dehnt, um auch einen bequemen Namen für die Gattung zu haben, oder ihn beschränkt auf die eine der beiden Unterarten unter dem Zugeständniß, daß es an einer allgemein gebilligten Bezeichnung für die Gattung z. B. noch fehlt.

226. Mit den letzten Erörterungen ist freilich der Gegensatz zwischen den Forderungen Sohm's und Degenkolb's auf der einen, der herrschenden Ansicht auf der andern Seite, noch keineswegs ausgeglichen. Denn die Ersteren behaupten in Wahrheit nicht bloß, daß Civil- und Naturalobligationen Unterarten einer und derselben Gattung sind; sie meinen vielmehr, daß dasjenige, was beide nach der gewöhnlichen Ansicht scheidet, überhaupt nicht dem Privatrecht angehöre, also gar keinen Grund abgeben könne, sie auch nur als verschiedene Arten von Privatrechtsverhältnissen zu betrachten.

Und sie haben in gewisser Hinsicht Recht: der Anspruch auf Staatshülfe für möglichste Befriedigung des Zweckes, dem ein Privatrechtsverhältniß in concreto dienen soll — und darauf läuft speciell auch jedes „Klagerecht" hinaus —, ist in der That ein Rechtsanspruch des öffentlichen Rechts. Auch ist diese Thatsache, die von unserem Standpunkte aus (s. oben § 196 ff.) ganz auf der Hand liegt, selbst von denjenigen niemals völlig verkannt worden, welche mit der bisher herrschenden Ansicht den Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in der Verschiedenheit der Interessen suchten. Die nothwendige Consequenz hiervon aber ist, daß das Klagrecht nicht mit zum In-

halt des subjectiven Privatrechts als solchen gerechnet werden kann.

Allein ebenso wenig zu leugnen ist das Vorhandensein eines Zusammenhanges zwischen dem subjectiven Privatrecht und dem zu seinem Schutze dienenden öffentlichen Rechte. Dieser Zusammenhang würde unmittelbar in die Augen springen, wenn die Staatshülfe bei jeder Art von Privatrecht eine schon der äußeren Erscheinung nach besonders geartete wäre. In der Sache ist er jedoch auch da vorhanden, wo die Staatshülfe eine gleichartige ist. Mag man ein allgemeines Recht jedes Staatsgenossen auf Staatshülfe zur Erreichung der Privatrechtszwecke schlechtweg annehmen, oder immer bloß einzelne bestimmte Rechte der Staatsgenossen auf Staatshülfe in bestimmter Beziehung und in bestimmtem Umfange, — jedenfalls kann von einem concreten faßbaren Inhalt des Klagerechts nur die Rede sein, sofern es auf irgend welche bestimmte Privatrechte, zu deren Schutz der Staat Hülfe leisten soll, bezogen wird.

Dies reicht aber zunächst aus, um diejenigen Privatrechtsansprüche, denen ein solcher subsidiärer öffentlich-rechtlicher Anspruch gar nicht zur Seite steht, den andern Privatrechten, welchen er wirklich zur Seite steht, d. h. auf welche er in Gemäßheit des betr. positiven Rechts bezogen werden soll, gelegentlich als eine besondere Gruppe gegenüber zu stellen. Denn ist auch der Grund für eine derartige Eintheilung der Privatrechtsverhältnisse nicht aus dem Privatrechte selbst genommen, so ist doch das ganze Privatrecht eines Staats nur das Eine Hauptstück des staatlichen Rechtssystems und darum auch eine Eintheilung

aller oder einer gewissen Klasse der Privatrechtsverhältnisse von dem Gesichtspunkte aus, ob und welche öffentlich-rechtliche Ansprüche sich in abstracto daran knüpfen, durchaus berechtigt.

227. Fraglicher ist, ob man nach dem Vorgange der herrschenden Doctrin eine engere Beziehung annehmen darf zwischen dem concreten Privatrechte des Einzelnen und dessen Recht auf Staatshülfe in der entsprechenden Richtung.

Bedingung der Gewährung der Staatshülfe ist streng genommen niemals die Existenz irgend eines bestimmten einzelnen Privatrechts, sondern immer nur die in gesetzmäßiger Weise hergestellte Voraussetzung eines solchen. Ein wenig anders ausgedrückt: das für den Kläger günstige Resultat eines concreten Processes kann nicht mit logischer Nothwendigkeit darauf zurückgeführt werden, daß der Kläger wirklich den behaupteten Anspruch hat, sondern immer nur darauf, daß der Gang des Processes den Richter in die Lage versetzt, gemäß den proceßrechtlichen Bestimmungen die Gültigkeit gewisser klägerischer Behauptungen und folgeweise für den Kläger einen bestimmten Privatrechtsanspruch annehmen zu müssen. Und zwar gilt dies nicht etwa bloß dann, wenn die Verpflichtung des Richters die Folge einer gesetzlichen Präsumtion oder eines Zugeständnisses oder des Mangels an genügender Vertheidigung seitens des Beklagten ist, sondern auch für den denkbar normalsten Fall, daß sie der thatsächlichen Ueberzeugung des Richters auf Grund der erbrachten Beweise entspringt. Denn auch in diesem letzten Falle bildet das Fundament des pflichtgemäß erlassenen Ur-

theils nicht die Existenz des vorausgesetzten Privatrechtsanspruchs selbst, sondern nur eine richterliche Ueberzeugung von solcher Existenz, die auch möglicherweise eine irrthümliche sein kann, — das will sagen: eine bestimmte Art von Voraussetzung eines Privatrechtsanspruchs.

Auf der andern Seite ist der wahre Zweck aller Proceßeinrichtungen sicherlich der, daß den wirklich Berechtigten möglichst das zu Theil werde, wozu ihnen in erster Linie ihr Privatrechtsanspruch verhelfen soll. Nur folgt daraus nicht unmittelbar, daß der diesen Zweck verfolgende Gesetzgeber dem Privatberechtigten je für das einzelne ihm gehörige Privatrecht ein besonderes Recht auf Staatshülfe habe zusprechen wollen. Vielmehr ist es von vornherein ganz ebenso denkbar, daß er jedem Staatsgenossen nur einen allgemeinen Anspruch auf Staatshülfe habe geben wollen, wenn auch natürlich um der besonderen Privatrechte willen, die der Einzelne gerade hat. Und daß als wirkliche Intention des Gesetzes präsumtiv wohl die letztere Weise gelten muß, ergiebt eine kurze weitere Erwägung.

228. Gemäß dem oben Bemerkten geht die Pflicht des Richters nicht dahin, zu Gunsten des wahrhaft Berechtigten, sondern schlechtweg zu Gunsten desjenigen das Urtheil zu fällen, für welchen die formalen, processualischen Voraussetzungen bezüglich eines Privatrechtsanspruchs zutreffen. Nun ist freilich nach dem, was über das Wesen öffentlich-rechtlicher Verhältnisse bereits gesagt ist, und worauf im nächsten Abschnitt zurückzukommen sein wird, die Pflicht des Richters immer nur als eine Pflicht gegen den Staat, nicht als Pflicht gegen die Parteien aufzufassen, und um-

gekehrt der Anspruch auf Proceßhülfe immer nur als ein Anspruch gegenüber dem Staate, nicht als Anspruch gegen den Richter. Richterliche Pflicht und Klageanspruch brauchen sich also in der That nicht einfach zu decken. Trotzdem ist klar: Beide Verhältnisse — das Verhältniß des Richters zum Staate einerseits, des Klageberechtigten zum Staate andererseits — stehen in einer ganz bestimmten Beziehung zu einander. Offenbar nämlich soll das erstere die Erfüllung der aus dem andern hervorgehenden Pflichten des Staats vermitteln, m. a. W. die pflichtmäßige richterliche Thätigkeit ist bestimmt, dasjenige zu verwirklichen, was der Staat als ideales Subject dem Klageberechtigten zu leisten übernommen. Dient nun die pflichtmäßige richterliche Thätigkeit in Wahrheit auch dem Nicht-Klageberechtigten, sofern nur die formellen processualischen Voraussetzungen für ihn zutreffen, und umgekehrt dem wirklich Klageberechtigten bloß dann, wenn für ihn auch diese zutreffen, so bleibt nur ein Doppeltes möglich.

Entweder man deducirt so: Die Pflicht des Staats, die in der That eine besondere bezüglich jedes einzelnen Klaganspruchs ist, reicht viel weiter, als er sie thatsächlich erfüllt und überhaupt erfüllen kann. Der Staat ist an sich verpflichtet, jedem in concreto Klageberechtigten Hülfe zu gewähren, jedem Nichtberechtigten sie zu versagen. Aber aus der Nothwendigkeit, die Entscheidung über Gewährung oder Versagung an ein bestimmtes Verfahren zu knüpfen, und aus der Unmöglichkeit, untrügliche Kennzeichen für das Vorhandensein der Klageberechtigung aufzustellen, folgt von selbst die Unmöglichkeit einer stricten Erfüllung jener principiellen Verpflichtung.

Oder man nimmt an: Die Pflicht des Staats geht überhaupt nicht auf Gewährung der Staatshülfe an den in concreto Berechtigten, sondern sie geht — als eine allgemeine Pflicht gegen jeden Staatsgenossen als solchen — nur auf Herstellung und unausgesetzte Erhaltung bestimmter Proceßeinrichtungen, die zwar möglichst dem wirklich Privatberechtigten gegen den Privatverpflichteten Hülfe gewähren sollen, aber dies nach ihrer Natur als allgemeine Einrichtungen nur können, sofern gewisse formale Bedingungen seitens des Hülfefordernden erfüllt werden, und andererseits auch Hülfe gewähren müssen, wo diese formalen Bedingungen erfüllt werden von Nichtberechtigten.

Die Wahl zwischen diesen beiden Erklärungsweisen kann wohl nicht schwer fallen. Möglich ist ja allerdings auch die erste, und es wäre nicht undenkbar, daß irgend eine bestimmte nationale Rechtsanschauung gerade auf sie hinwiese. Aber mindestens eine starke Vermuthung spricht doch stets dafür, daß das Recht ein und derselben staatlichen Gemeinschaft nicht als Verpflichtung für den Staat constituirt, was es in demselben Athem als unerfüllbar anerkennt. Es wird also in der Regel nur die zweite Erklärungsweise zulässig sein.

229. Ziehen wir zum Schluß noch die Folgerungen aus unserer Anschauung über den principiellen Unterschied von dinglichen und persönlichen Rechten für die systematische Stellung einiger viel umstrittener Rechtsverhältnisse.

Wir hatten oben (§ 225) die Brinz'sche Ansicht von der obligatio rei als eine nahezu allgemein verworfene zu

bezeichnen, und wir haben sie ebenso kurzweg abgelehnt, weil in der That der Begriff „Haftung einer Sache oder Sachgesammtheit“, wenn er für mehr als für ein Bild genommen wird, einen Widersinn in sich schließt. Dies darf uns indessen nicht hindern anzuerkennen, daß unter der Gegenüberstellung von personarum obligatio und rei obligatio ein richtiger Gedanke sich birgt, der in seiner systematischen Bedeutung meist nicht genügend beachtet worden ist. Es ist dies m. E. gerade derselbe Gedanke, der der gemeinrechtlichen Unterscheidung von actiones in personam und actiones in rem (im weitern Sinne) zu Grunde liegt, aber hier wie dort nur eine unzureichende Formulirung gefunden hat.

Alle Rechtssystematik muß, wie aus dem früher Erörterten folgt, entweder den Inhalt oder die Subjecte der Rechtsverhältnisse zum Ausgangspunkte nehmen. Während nun die gewöhnlichen Systeme des Obligationenrechts allein oder doch hauptsächlich auf den ersteren sehen, deutet die Brinz'sche Gegenüberstellung in Wahrheit hin auf eine verschiedene Bestimmung der Subjecte, die nicht minder Berücksichtigung verdient. Obligatorische Rechtsverhältnisse nämlich — und zwar wohlverstanden auch als einzelne concrete — sind nicht bloß als Rechtsverhältnisse individuell bestimmter Subjecte denkbar, sondern ebenso gut auch als Rechtsverhältnisse zwischen ganz oder theilweise nur generell bestimmten Subjecten *). Nur eine Art aber

*) Wenn ich sage, daß in gewissen völlig in concrete Erscheinung getretenen Obligationsverhältnissen Berechtigte oder Verpflichtete nur

der zweitgenannten Form obligatorischer Verhältnisse bilden diejenigen, welche man unter dem bildlichen Ausdruck „rei obligatio“ begreifen kann: es sind dies die Obligationen, bei denen der Schuldner principiell durch den Besitz resp. ein dingliches Recht an einer gewissen Sache bestimmt wird, also vor allem die sog. Reallasten. Ihr gegenüber stehen als eine zweite Art alle Obligationen, bei denen in analoger Weise der Gläubiger bestimmt ist, wie beispielsweise durch den bona fide Besitz eines Inhaberpapiers. Und außerdem sind auch obligatorische Verhältnisse möglich, bei denen die Bestimmung des Berechtigten oder Verpflichteten in anderen Eigenschaften oder Umständen besteht, als gerade in einem vorausgesetzten dinglichen Verhältnisse zu einer bestimmten „Sache“ oder „Sachgesammtheit“; man denke u. a. an das Rechtsverhältniß zwischen Stiftungen und stiftungsmäßig Berechtigten, wo das Bestimmungsmoment sehr häufig die Zugehörigkeit zu einer gewissen Familie, gelegentlich aber auch eine gewisse Nationalität, der vorausgegangene Besuch einer bestimmten Schule u. dgl. ist.

230. Aus dem Vorstehenden folgt aber auch zugleich,

---

generell bestimmt seien, so leugne ich damit natürlich nicht, daß in dem gerade angenommenen Zeitpunkte bestimmte Individuen berechtigt oder verpflichtet sind. Was ich behaupte, ist nur, daß das concrete Rechtsverhältniß nicht an diese Individuen gebunden ist, indem diese nach den das Verhältniß bestimmenden Normen nicht qua Individuen, sondern allein als Träger gewisser Eigenschaften in Betracht kommen, die vielleicht im nächsten Moment schon nicht mehr bei ihnen, sondern bei anderen Individuen auftreten.

daß für diejenigen Rechtsverhältnisse, die wir unter dem Collectivausdruck „Pfandrecht" zu umfassen pflegen, eine völlig einheitliche Auffassung als dinglicher oder obligarischer Rechtsverhältnisse schon auf dem Boden eines einzelnen positiven Rechts, wie des römischen, ein Ding der Unmöglichkeit ist. Das Recht des Faustpfandgläubigers ist sicherlich ein dingliches; jedoch nicht sowohl qua Pfandrecht, als vielmehr qua Besitzrecht von einer bestimmten Art. Ebenso ist das Recht des Fiduciars dingliches Recht, da es strenggenommen nur ein Eigenthumsrecht mit einer bedingten Verpflichtung zur Rückübertragung ist. Mit anderen Worten: in beiden gedachten Fällen ist der Pfandberechtigte ein dinglich Berechtigter, weil er gleich einem sonstigen juristischen Besitzer oder resp. Eigenthümer einen Anspruch auf Nichtstörung in seinem Verhalten zur Pfandsache gegen alle anderen Rechtsgenossen zugleich hat, die nicht ausnahmsweise ein bestimmtes beschränkendes Recht entgegenzusetzen haben. Umgekehrt ist ein Pfandrecht an Forderungen, schon nach dem Zugeständnisse der herrschenden Doctrin, niemals ein dingliches Recht. Aber in Wahrheit schließt auch das hypothekarische Recht, so lange der Hypothekengläubiger den Besitz der verpfändeten Sache noch nicht hat, gar kein dingliches Recht in sich; man müßte denn das letztere in einem Anspruch gegen jeden Dritten auf Nichtstörung in einem bloß möglichen zukünftigen Verhalten zur Pfandsache finden wollen. Daß das Klagrecht des Pfandgläubigers auch hier in rem geht, beweist nur, daß das Verhältniß zwischen ihm und dem Pfandschuldner als solchem nicht als ein Rechtsverhältniß zwischen

zwei individuell bestimmten Subjecten, sondern vielmehr als eine Obligation mit generell bestimmtem, d. h. durch den Besitz der Pfandsache bestimmtem Schuldner zu denken ist.

IX.

231. Während wir das eine der beiden großen Rechtsverhältnisse, aus denen sich die Rechtsgemeinschaft „Staat“ zusammengesetzt, das Privatrecht nämlich, zunächst nach beiden Seiten, d. h. sowohl rücksichtlich der berechtigten wie der verpflichteten Subjecte, als ein rein abstractes fassen mußten, da eben die auf dem Boden eines bestimmten Privatrechts Berechtigten und Verpflichteten zunächst immer nur generell bestimmt sind (§ 202), stellt sich das öffentliche Recht des Staats sofort als ein einseitig concretes Rechtsverhältniß dar, sofern die eine Seite desselben — der als individuelle Einheit gedachte Staat selbst — ein- für allemal feststeht. Dies hindert jedoch nicht, daß eine Zerlegung dieses öffentlich-rechtlichen Gesammtverhältnisses in seine Bestandtheile zu genau ebenso vielen Theilverhältnissen führt, wie die Zerlegung des privatrechtlichen Gesammtverhältnisses; denn die wechselnde Summe von Einzelsubjecten, welche in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen mit dem Staatsganzen als Einheit stehen, ist vollkommen identisch mit der Summe derer, welche das privatrechtliche Gesammtverhältniß bilden.

Stellen wir uns umgekehrt auf den Standpunkt einer

individuell bestimmten Person, so erscheint das umfassendste öffentlich-rechtliche Verhältniß, in welchem dieselbe steht, oder m. a. W. ihre öffentliche Rechtsstellung (§ 203) nicht als ein bloß einseitig concretes Rechtsverhältniß, wie die Privatrechtsstellung, sondern unmittelbar als ein nach beiden Seiten concretes. Als Inhalt aber ist zu betrachten die Gesammtheit der öffentlich-rechtlichen Normen, soweit sie Subjecte von der Art voraussetzen, zu welcher das fragliche Individuum gehört.

232. Versuchen wir die verschiedenen Arten öffentlicher Rechtsstellung zu bestimmen, oder, was dasselbe besagt (vgl. § 203), die Subjecte des öffentlichen Rechts — abgesehen von dem im eminentesten Sinne als Subject öffentlichen Rechts zu bezeichnenden Staate selbst — zu classificiren, so bieten sich uns zuvörderst drei umfassende Kategorien dar:

1) Staatsgenossen überhaupt;
2) Personen, die zur Lösung besonderer staatlicher Aufgaben resp. Betheiligung an derselben berufen sind;
3) speciell dem öffentlichen Rechte subordinirte Rechtsgemeinschaften.

Der Begriff „Staatsgenosse", wie er von mir bisher gebraucht ist und ferner gebraucht werden soll, umfaßt schlechthin alle an einem bestimmten staatlichen Rechte Theilnehmenden, also nicht bloß die „Staatsangehörigen" im Sinne unserer heutigen Staatsrechtswissenschaft, sondern auch alle möglichen anderen Subjecte, welche das betreffende staatliche Recht, soweit es auch Nichtstaatsange-

hörige angeht, als für sich geltend anerkennen, resp. wenigstens als an dasselbe gebunden behandelt werden. Hieraus ergeben sich von selbst zweimal zwei Unterabtheilungen:

1) Staatsangehörige und nicht-staatsangehörige Genossen;
2) solche Subjecte, welche das Eine oder das Andere wirklich *sind*, und solche, welche nur als das Eine oder Andere behandelt werden*).

---

*) Auf den Begriff der Staatsangehörigkeit will ich hier nicht näher eingehen; ich verweise in dieser Beziehung auf die vortreffliche Ausführung von v. *Martitz* in Hirths Annalen des Deutschen Reichs (Jahrg. 1875, S. 793ff.), wobei nur zu beachten ist, daß der dort aufgestellte Begriff *alles* umfaßt, was *von* einem Staate als staatsangehörig *behandelt* wird, also ohne die im Texte sub 2 gemachte Unterscheidung. Als *nicht* staatsangehörige Staatsgenossen erscheinen namentlich alle Ausländer, die in dem Territorium eines Staats sich aufhalten. Wahrhaft sind es freilich nur die, welche — wie regelmäßig anzunehmen — durch ihren Eintritt in das Staatsgebiet das Recht dieses Staats, soweit es sich nicht auf Staatsangehörige beschränkt, als auch für sich gültig anerkennen, sich ihm stillschweigend unterwerfen. Vom Staate so behandelt werden aber auch die anderen, die mit der Absicht kommen, sein Recht consequent zu ignoriren. Die Bemerkungen *Bekkers* in der Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft I, S. 107, der gerade aus der Stellung des Fremden (den er neben Kindern, Wahnsinnigen, Revolutionären nennt) Bedenken gegen meine Lehre von der Anerkennung entnommen, beruhen theils darauf, daß er nicht richtig erfaßt hat, was ich unter *indirecter* Anerkennung verstehe, theils darauf, daß er eine Geltung des Rechts, d. h. eine verpflichtende Kraft desselben postulirt, wo es dessen gar nicht bedarf. Der wirklich *nicht*, auch nicht indirect anerkennende Fremde ist in Wahrheit durch das Recht des Staats, in dem er sich momentan aufhält, *gar nicht* innerlich gebunden; es gilt *nicht für* ihn, sondern nur *gegen* ihn, sofern es die wirklich anerkennenden Staatsgenossen bindet, ihn ebenso zu behandeln, wie wenn er Staatsgenosse wäre. Die Sache steht hier also in der That

Zu der zweiten Hauptkategorie, als zu den Personen, welche in größerem oder geringerem Maße berufen sind, als Staatsorgane zu fungiren, d. h. gewisse besondere Aufgaben zu lösen (oder doch für deren Lösung in rechtlich geordneter Weise mitzuwirken), welche ideell — nach der Auffassung des betreffenden positiven Rechts — als Staatsaufgaben anzusehen sind, gehören nicht nur diejenigen, die allein oder mit andern zusammen als sog. Träger der Staatsgewalt erscheinen, sowie die ganze Masse der verschiedenartigen Staatsdiener, sondern auch die nur auf längere oder kürzere Zeit oder auch nur für den einzelnen Fall Berufenen, insbesondere auch Parlamentsmitglieder, Geschworene und Schöffen, die Mitglieder gewisser Sachverständigen-Collegien u. s. w.

Bei den speciell dem öffentlichen Rechte subordinirten Rechtsgemeinschaften endlich ist natürlich vor allen Dingen an die Gemeinden, Kreis- und Provinzialverbände zu denken. Doch gehören dazu auch beispielsweise Armen-, Wege- und Schulverbände und verwandte Genossenschaften, die Universitäten, der Johanniter- und Malteserorden nach seiner gegenwärtigen Bedeutung in Preußen u. a.; ob oder wie weit auch die sog. recipirten Kirchen, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ausgeschlossen sind dagegen alle

---

ähnlich wie mit dem infans (§§ 165. 179); er wird als Rechts- und Pflichtensubject fingirt, und zwar in ausgedehntestem Maße. Nur versteht sich von selbst, daß die Lage der Dinge sofort eine andere wird, sobald sich der Fremde seinerseits auf Landesrecht beruft; denn mit diesem Moment erkennt er auch dasselbe zweifellos an. (Vgl. auch Th. I, §§ 91. 99.)

Privatvereine oder m. a. W. alle solchen Vereine, die im öffentlichen Rechte gar keine oder doch keine andere Rolle spielen, als die einzelnen lebendigen Staatsgenossen resp. Staatsangehörigen als solche.

Uebrigens ist wohl zu beachten, daß die Stellung der einzelnen Mitglieder resp. Beamten einer subordinirten Körperschaft, soweit sie eben Stellung innerhalb der letzteren selbst ist, nicht zu der öffentlich-rechtlichen Stellung der betreffenden Personen im engern Sinne, d. h. zu deren allgemeinen öffentlichen Rechtsstellung im Staate zu rechnen ist. Dies selbst dann nicht, wenn die Mitgliedschaft in einer solchen subordinirten Rechtsgemeinschaft Bedingung der Staatsangehörigkeit im engern Sinne ist. Sie ist vielmehr vollständig als Analogon zu der Stellung einer Person innerhalb eines freien privatrechtlichen Vereins oder innerhalb ihrer Familie aufzufassen, die ebensowenig zur allgemeinen Privatrechtsstellung dieser Person zu rechnen ist, auch wenn sie, wie die letztere mindestens im Momente der Geburt, bei jedem Staatsgenossen nothwendig vorhanden und öfters auch Bedingung der Staatsgenossenschaft oder doch der Staatsangehörigkeit ist. Nur soweit an eine bestimmte Stellung innerhalb einer solchen subordinirten Körperschaft, z. B. einer Gemeinde, die Berufung zur Lösung besonderer staatlicher Aufgaben bez. Betheiligung an solcher geknüpft ist, also der Inhaber einer solchen Stellung zugleich unter die obengedachte zweite Kategorie fällt, ist natürlich auch hier von einer öffentlich-rechtlichen Stellung im eigentlichen Sinne zu reden.

233. Was für Normen den Inhalt der öffentlichen

Rechtsstellung der in § 232 classificirten Subjecte ausmachen, läßt sich natürlich immer nur vom Standpunkt je eines bestimmten positiven Rechts aus oder, was hier dasselbe besagt, für je einen bestimmten Staat feststellen. Selbst auf die Frage, ob die öffentlichen Rechtsstellungen der genannten Subjecte als einseitige Pflichtverhältnisse derselben gegenüber dem Staate als dem berechtigten Theile, oder vielmehr als Wechselverhältniß von Anspruch und Pflicht zwischen beiden sich darstellen, ist keine allgemeine Antwort zu geben. Denkbar ist das Eine wie das Andere, und zwar nicht nur für verschiedene Staatsgemeinschaften, sondern auch innerhalb eines und desselben Staats in Bezug auf die verschiedenen Arten der Rechtsstellung.

Nichtsdestoweniger hat die in § 232 gegebene Eintheilung von Subjecten des öffentlichen Rechts nicht bloß die Bedeutung einer Abstraction, die sich zunächst auf einige bestimmte positive Rechte gründet und darum auch nur Anwendung finden dürfte auf eben diese bestimmten Rechtssysteme selbst. Vielmehr umfaßt dieselbe sammt und sonders Begriffe, die mit einer gewissen Nothwendigkeit hervorgehen aus dem Begriff des öffentlichen Rechts überhaupt.

Damit ist nicht gesagt, daß sie stets sämmtlich Platz greifen müßten, wo irgend öffentliches Recht vorkommt; es besteht in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen der Haupteintheilung und den Untereintheilungen, und weiter zwischen den ersten beiden Hauptkategorien und der dritten. Ohne Staatsgenossen und ohne jedes Staatsorgan giebt es schlechthin kein öffentliches Recht in unserem Sinne. Dagegen

ist eine ganz einfache Art öffentlichen Rechts auch möglich, ohne daß zugleich Gemeinschaften bestehen, die diesem öffentlichen Rechte subordinirt sind. Ebenso wenig läßt sich natürlich behaupten, daß sämmtliche innerhalb der ersten beiden Kategorien hervorgehobenen Gegensätze nothwendig bei jedem öffentlichen Rechte Verwendung zu finden hätten. Und umgekehrt lassen sich noch mannigfache Abstufungen auch der öffentlichen Rechtsstellung der Staatsgenossen mit Rücksicht auf Alter, Stand und ähnliche Eigenschaften denken.

Wohl aber setzt der Umstand, daß die vorgedachten Haupt- und Unterkategorien nicht sowohl eine Gruppirung des direct aus einzelnen positiven Rechten Entnommenen, als vielmehr durch Zerlegung des Begriffs des öffentlichen Rechts selbst gewonnen oder doch bekräftigt sind, uns in die Lage, von vornherein auszusprechen, daß alles positiv-rechtliche Material, sofern es nur eben öffentlich-rechtliches ist, unter irgend einen der fraglichen Begriffe fallen muß.

234. Um den letzten Satz des § 233 gegen Mißverständnisse zu sichern, ist vor allen Dingen nochmals die Voraussetzung näher ins Auge zu fassen, von der alle unsere Erörterungen über öffentliches Recht ausgehen: daß nämlich als das eine in allen öffentlich-rechtlichen Verhältnissen — soweit sie nicht bloß mittelbar öffentlich-rechtliche, nämlich Verhältnisse innerhalb der dem öffentlichen Rechte eines Staats subordinirten Rechtsgemeinschaften (§ 232 a. E.) sind — constant wiederkehrende Subject von Rechten oder Pflichten der als Subject gedachte Staat selbst anzusehen ist.

Wir haben im VII. Abschnitt (insbes. §§ 196 ff.) gezeigt, daß die Eintheilung des gesammten Rechts eines Staats in Privatrecht und öffentliches Recht nur dann für keine bloß willkürliche oder rein äußerliche gelten kann, wenn das Gesammtrechtsverhältniß, das wir mit dem Titel des Staats belegen, zuoberst aus zwei höchstumfassenden Rechtsverhältnissen sich zusammensetzt, deren Inhalt die Bezeichnungen „Privatrecht" und „öffentliches Recht" entsprechen. Nun ergab sich sofort, daß die Annahme zweier solcher Rechtsverhältnisse nur auf einen zwiefachen Gesichtspunkt sich stützen lasse: entweder auf eine Verschiedenartigkeit des Zwecks der in ihnen begriffenen Rechtsverhältnisse oder auf eine durchgreifende Verschiedenartigkeit der Subjecte. Der erste Gesichtspunkt erwies sich bei genauerer Betrachtung als untauglich. So blieb nur der zweite übrig, daß unter „Privatrecht" und „öffentlichem Recht" der Inhalt zweier Gesammtverhältnisse begriffen sei, die wenigstens der einen Seite nach differiren in der Art der Subjecte, und zwar bot sich als einzige Möglichkeit, diese Differenz zu bestimmen, die weitere Voraussetzung dar, daß im öffentlichen Recht die Staatsgenossen der selbst als Subject gedachten Staatsgesammtheit, im Privatrecht dagegen Genosse und Genosse sich gegenüberstehen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hiermit die fragliche Eintheilung und speciell das ganze öffentliche Recht basirt wird auf eine Fiction. Ohne Fiction wäre wohl die Auffassung des Staats als eines ungleichartig zusammengesetzten Rechtsverhältnisses der Staatsgenossen untereinander möglich, resp. als eines Inbegriffs der wechselnden Genossen

selbst, sofern sie in solchem Gesammtverhältnisse stehen. Sobald dagegen das Staatsganze nicht mehr bloß als etwas aus den Genossen als seinen Theilen Zusammengesetztes, sondern als selbständiges Subject neben und außer den Genossen gedacht und in dieser Gestalt den Genossen als Einzelsubjecten gegenübergestellt wird, ist die Auffassung eine fictionelle geworden. Der Beweis dafür liegt schon in dem über Vereine überhaupt Ausgeführten (§§ 172 ff.).

Allein nicht minder gewiß ist jedes nachträgliche Bedenken, ob es erlaubt sei, das ganz öffentliche Recht auf eine Fiction zu gründen, sofort von der Hand zu weisen. Daß solche Bedenken nicht zu gründen sind auf eine allgemeine Verwerflichkeit der „Fictionen in der Wissenschaft", folgt aus §§ 166 ff., daß sie aber auch nicht zu gründen sind auf irgendwelches positive Recht, folgt aus §§ 197 ff. Denn was ich jetzt wie früher behaupte, ist nicht die unbedingte Allgemeingültigkeit unserer Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht und der sich hieraus ergebenden Consequenzen. Vielmehr behaupte ich nur: Soll die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht eine wirklich durchgreifende, systematische sein, so ist sie nur möglich in der von uns gedachten Weise, also unter der fraglichen fictionellen Voraussetzung; soll die letztere verworfen werden, so muß man überhaupt auf eine durchgreifende Eintheilung des Rechts in Privatrecht und öffentliches Recht verzichten. Das Letztere mag sogar für gewisse positive Rechte das Naturgemäße sein; so beispielsweise für die streng patriarchalischen und theokratischen Staaten, so insbesondere auch für die Lehnsstaaten des Mittelalters. In

diesen wie in jenen fehlt die Fiction des Staats als Subject, weil überhaupt die Idee des Staats in unserm heutigen Sinne fehlt; der Herrscher ist nicht Organ oder Träger einer Gewalt, die an sich dem Ganzen zugedacht wäre, sondern er ist entweder für ein bestimmtes Volk Quasi-Gott, oder er vereinigt in sich gegenüber seinen Unterthanen qualitativ dieselben Rechte, wie der Hausherr gegen die Hausgenossen, resp. der Lehnsherr gegen die Vasallen. Freilich kann bei alledem eine ganz gewaltige Differenz bleiben — zumal im theokratischen Staate — zwischen dem Rechtsverhältnisse des Herrschers zu den Beherrschten einerseits, und dem Rechtsverhältnisse der Beherrschten untereinander, resp. auch der mehreren Herrschenden untereinander andererseits. Allein in dieser Differenz selbst liegt nichts, was veranlassen könnte, das eine (oder mehrere) dieser Rechtsverhältnisse als öffentliches Recht, das andere (oder die anderen) als Privatrecht zu charakterisiren; vielmehr erscheint die Differenz schlechtweg als eine ständische, die mehreren Rechtsverhältnisse als verschiedenartige Standesrechtsverhältnisse.

235. Auf die schon im § 200 berührte Frage, ob nicht auch die Betrachtung solcher positiven Rechte, wie der zuletzt erwähnten, bisweilen zweckmäßig unter dem Gesichtspunkte einer ihnen selbst total fremden Anschauung erfolgen könne, brauche ich wohl nicht abermals einzugehen. Es genügt zu bemerken, daß eine solche Betrachtung, wenn nicht für die vorgedachten, so doch jedenfalls für alle diejenigen positiven Rechte angemessen ist, welche auch nur in mehr oder minder unvollkommenem Grade ein Gegenüber von

Staatsgemeinschaft und Einzelsubjecten, eine Unterordnung der Letzteren unter den Staat als solchen (nicht bloß unter einen höheren Stand oder einen besonders qualificirten Einzelnen) ausdrücklich annehmen oder stillschweigend voraussetzen. Dabei ist freilich gleichfalls nicht zu vergessen, daß die hieraus sich ergebende Systematik oft sehr beträchtlich von den theoretischen Anschauungen der dem betreffenden Volke angehörenden Juristen abweichen wird. Aber mehr kann überhaupt von keiner Systematik verlangt werden, als daß sie ein gewisses gegebenes Material von einem bestimmten Grundgedanken aus als ein innerlich zusammenhängendes darzustellen versteht. Ist es demnach unter Umständen möglich, von einem und demselben Rechte mehrere fast gleich angemessene, weil auf verschiedene ihm innewohnende Grundgedanken gestützte Systeme zu entwerfen, so wird der Werth eines Systems auch dadurch nicht wesentlich gemindert, daß die systematische Brauchbarkeit eines gewissen Grundgedankens von dem Volke, dessen Recht in Frage steht, noch nicht genügend gewürdigt worden ist.

Das beste Beispiel hierzu bietet uns das römische Recht. Der Grundgedanke, auf welchem unsere Eintheilung eines staatlichen Rechtssystemes in Privatrecht und öffentliches Recht ruht, fehlt auch dem römischen Rechte nicht: die Vorstellung des Gegenüber von Staat und Staatsgenossen, der Gedanke der Unterordnung Aller unter die gleichsam persönlich gedachte Staatsgemeinschaft, die Auffassung der Magistrate als Staatsorgane. Die systematische Tragweite derartiger Anschauungen jedoch haben die Römer auch nicht einmal geahnt. Sie denken fast gar nicht daran, ihr Recht zuerst in zwei

Arten von Rechtsverhältnissen zu theilen, von denen die eine als Privatrecht, die andere als öffentliches Recht zu prädiciren wäre. Was sie ihrerseits jus publicum und jus privatum nennen, ist eine Unterscheidung nach dem Gesichtspunkt des Zwecks der Rechtsnormen, aus welcher sie — mit gutem Grunde — gewisse praktische Consequenzen ziehen, aber wenig oder keine systematischen. Selbst die relativ beste systematische Eintheilung, welche römische Rechtslehrer aufgestellt haben, damit zugleich den Boden für die juristische Systematik des 17. und 18. Jahrhunderts bereitend — die Eintheilung des Rechts nach Personen, Sachen und Handlungen —, wirft Privatrechts- und öffentliche Rechtsverhältnisse in Eins zusammen; von der an die Ordnung des prätorischen Edicts sich anlehnenden Digesten-Eintheilung ganz zu schweigen. Trotzdem hat die neuere Wissenschaft unbedenklich — und gemäß dem oben Gesagten ganz mit Recht — das römische Recht nach wesentlich denselben systematischen Gesichtspunkten darzustellen unternommen, wie sie für die Darstellung unsers modernen Rechts maßgebend geworden sind, also insbesondere unter Zugrundelegung unserer modernen Eintheilung des Rechts in Privatrecht und öffentliches Recht, und weiter des letzteren in Staatsrecht und Verwaltungsrecht, Civilproceßrecht und Strafrecht.

236. Sehen wir uns übrigens die mit den letzten Worten des § 235 berührte, schon längst in unserer deutschen Rechtswissenschaft üblich gewordene Eintheilung des öffentlichen Rechts etwas näher an, und versuchen wir insbesondere, dieselbe mit der im vorigen Abschnitt

charakterisirten traditionellen Eintheilung des Privatrechts zu vergleichen, so scheint es auf den ersten Moment an jeder Analogie zwischen den beiden Eintheilungen zu fehlen. Dem ist indessen nicht ganz so.

Zuvörderst besteht zwischen dem ersten Hauptstück des öffentlichen Rechts einer-, des Privatrechts andererseits in der That eine sehr wichtige Analogie: wie das „Personenrecht" als erstes Hauptstück des Privatrechtssystems hauptsächlich Darstellung der verschiedenen Privatrechtsstellungen überhaupt (§ 203) ist, so hat das „Staatsrecht" (im engeren, heutzutage mehr und mehr gebräuchlich werdenden Sinne des Worts) wesentlich die Aufgabe, die verschiedenen Arten der öffentlichen Rechtsstellung (§ 232), oder m. a. W. das allgemeine Verhältniß zwischen Staat und Staatsangehörigen resp. Staatsgenossen im weiteren Sinne, zwischen dem Staate und seinen verschiedenartigen Organen, sowie den ihm subordinirten Rechtsgemeinschaften, wie insbesondere Gemeinden, Kreisen, Provinzen darzulegen.

Eine weitere Analogie, nämlich zwischen dem Familienrechte und resp. dem Rechte der Privatvereine einerseits, dem Rechte der dem Staate subordinirten öffentlichen Rechtsgemeinschaften andererseits, ist bereits oben in § 232 a. E. hervorgehoben worden.

Dagegen besteht allerdings keine Verwandtschaft zwischen den übrigen Theilen der beiden Systeme. Rechtsverhältnisse, die sich den erbrechtlichen in ihrer Gesammtheit vergleichen ließen, fehlen allerdings auch im öffentlichen Rechte nicht gänzlich; sie sind aber verhältnißmäßig wenig umfassender Art, und, was das Wichtigste ist, sie stehen, soweit

sie wirklich öffentlich-rechtlicher Natur sind, in so engem Zusammenhange mit dem allgemeinen Charakter der bezüglichen öffentlichen Rechtsstellung überhaupt, daß ihre eingehendere Darstellung schon dem Staatsrecht ohnehin angehört. Und diejenigen Momente, welche im Privatrecht zu der Unterscheidung zwischen Sachenrecht und Obligationenrecht geführt haben, sind dem öffentlichen Rechte nothwendig fremd*). Denn wie wir oben gesehen haben, beruht das Wesen des

*) Allerdings werden dies diejenigen nicht zugeben, die den Unterschied von dinglichen und obligatorischen Rechten darin finden, daß erstere auf Nichtstörung, also auf ein Unterlassen, letztere auf positive Leistungen gehen, oder m. a. W. darin, daß letztere Rechte mit Spannung auf die Zukunft seien, jene dagegen nicht. Diese Unterscheidung läßt sich in der That sowohl für die Rechte des Staats gegen die Staatsgenossen machen, als für die Rechte der Staatsgenossen gegen den Staat. Ja, ich halte sie als Eintheilungsgrund für die Rechte der Staatsgenossen gegen den Staat für die relativ beste. Wenn Georg Meyer (Lehrb. d. deutschen Staatsr. § 11, S. 17) neben dem „Anspruch auf gewisse Leistungen seitens des Staats" (3) und der „Freiheit von einer bestimmten Einwirkung der staatlichen Organe" (4) noch besonders „das Recht der Zugehörigkeit zum Staate und des Aufenthalts im Staatsgebiet" (1) und „das Recht als Organ des Staats zu fungiren und an der Bildung staatlicher Organe Theil zu nehmen" (2) nennt, so übersieht er, daß diese beiden „Rechte", soweit damit wirklich subjective Rechte und nicht bloße Voraussetzungen solcher bezeichnet sind, ebenfalls unter Nr. 3 und resp. 4 fallen; höchstens könnte die Frage sein, ob nicht neben Ansprüchen auf Nichtstörung und auf positive Leistungen noch als etwas Besonderes Ansprüche auf Zulassung oder Heranziehung zu einer bestimmten Thätigkeit zu nennen wären. Allein für die Systematik ist diese Eintheilung, mag sie so oder so ausfallen, ebenso bedeutungslos, wie etwa eine Eintheilung der gesammten Obligationen auf Grund der fraglichen Unterscheidung; so wenig die letztere jemals eine Rolle in der Privatrechtssystematik gespielt hat — obgleich

Gegensatzes von dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen in der verschiedenartigen Bestimmung des verpflichteten Subjects, sofern dem dinglich Berechtigten stets alle Staatsgenossen zugleich als verpflichtet gegenüber stehen, dem obligatorisch Berechtigten dagegen stets nur individuell oder generell bestimmte Einzelne. Ein ähnlicher Gegensatz in der Bestimmung des (dem Staate gegenüber) verpflichteten Subjects aber ist für das öffentliche Recht nur in der Weise denkbar, daß er gleichzeitig einen Gegensatz in der öffentlichen Rechtsstellung im engern Sinne (§§ 232. 233) bezeichnet, und dann bildet er ein Eintheilungsmoment innerhalb des Staatsrechts als des ersten Haupttheils des öffentlichen Rechts, nicht aber zwischen diesem und irgend welchen anderen Haupttheilen des öffentlichen Rechts.

Hieraus folgt zugleich, daß die neben dem Staatsrecht genannten Disciplinen des öffentlichen Rechts (Verwaltungsrecht, Civilproceß, Strafrecht) ihre relative Selbständigkeit einzig dem Umstande verdanken können, daß sie einen inhaltlich begrenzten Complex von Rechten und Pflichten des Staats zum Gegenstande haben, der nach Umfang und Bedeutung eine gesonderte wissenschaftliche Bearbeitung erlaubt und bei so fortgeschrittener Arbeitstheilung, wie sie

---

sie zweifellos möglich ist und gerade diese Möglichkeit den durchschlagendsten Grund dafür darstellt, daß der Gegensatz zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen nicht auf diesen Unterschied zurückgeführt werden kann (s. Abschn. VIII, § 223) —, so wenig ist Anlaß vorhanden, dieselbe Unterscheidung auf dem Gebiete der öffentlichen Rechte besonders zu betonen.

heute für die Wissenschaft zur Nothwendigkeit geworden ist, geradezu erheischt. Um demnach den charakteristischen Unterschied der gedachten Disciplinen zu bestimmen, ist es nöthig, zurückzugehen auf die Verschiedenartigkeit der staatlichen Aufgaben überhaupt.

237. Die zahlreichen Versuche, die man gemacht hat, um den ganzen Complex der thatsächlich vom Staate und speciell von unserm heutigen Staate in Angriff genommenen Aufgaben in ein System zu bringen, zerfallen zunächst in zwei Gruppen, indem die Einen von einem mehr formellen, die Anderen von einem mehr materiellen Gesichtspunkte sich leiten ließen.

Gehen wir von dem ersteren Gesichtspunkte, genauer gesagt von der Form der staatlichen Thätigkeiten aus, in welcher der Staat seinen Zweck verfolgt, so sind z. B. hauptsächlich zwei Ansichten der näheren Erwägung werth:

1) die m. W. zuerst von Albrecht aufgestellte, aber auch u. A. von Ahrens und von Martitz vertretene Dreitheilung der Thätigkeit der Staatsgewalt in Regierung, Gesetzgebung und Verwaltung;
2) die von Hölder vorgeschlagene Zweitheilung in Regierung und Verwaltung, wonach die erstere die Thätigkeit des Trägers der Staatsgewalt selbst, einschließlich der Gesetzgebung, die andere die Thätigkeit aller abgeleiteten Gewalten im Staate umfaßt.

Beide bezeichnen gegenüber der von Aristoteles überkommenen, aber auch die neuesten Lehrbücher noch größten-

theils beherrschenden Eintheilung der Gewalten in gesetzgebende, vollziehende und richterliche Gewalt, insofern einen Fortschritt, als sie einerseits in der Rechtspflege nur einen Zweig der Executive oder der Verwaltung im weiteren Sinne erkennen, andererseits eine Lücke auszufüllen suchen, welche die ältere Eintheilung in der Betrachtung der Thätigkeiten der höchsten Gewalt im Staate aufweist. Dagegen leiden sie m. E. auch beide an dem Fehler, daß sie je nur einen Begriff von „Regierung" kennen, während die von ihnen angenommenen Begriffe von Regierung sehr wohl neben einander haltbar sind, ja schließlich neben oder vielmehr vor beiden noch ein dritter Begriff — „Regierung" als Inbegriff der gesammten Thätigkeit der Staatsgewalt — Platz greift. Mit anderen Worten: Der Ausdruck „Regierung" hat m. E. nicht nur dem Sprachgebrauche nach drei verschiedene Bedeutungen, die sämmtlich von Wichtigkeit für die Systematik der staatlichen Thätigkeiten sind, sondern er ist auch in keiner der drei Bedeutungen leicht zu entbehren.

Allerdings ist die zuletzt erwähnte dritte bis jetzt für das öffentliche Recht des Staats erst verhältnißmäßig wenig systematisch verwerthet*). Aber die Aufforderung dazu liegt

*) Man könnte höchstens von einer unbewußten systematischen Verwerthung seitens der bisherigen Doctrin reden, sofern sie gelegentlich Gesetze sowie Acte der Verwaltung und der richterlichen Gewalt unter dem gemeinsamen Ausdruck „Regierungshandlungen" zusammenfaßt; so insbes. auch Gerber, Grundz. d. deutschen Staatsrechts § 53 i. A. (S. 165 der 2. Aufl.). Gewöhnlich nehmen die Anhänger der älteren Dreitheilung, wie z. B. Carl Sal. Zachariä und neuerdings wieder Hermann Schulze, das Wort „Re-

nicht nur in der längst üblichen analogen Verwendung des Begriffes „Kirchenregierung“ auf dem Gebiete des Kirchenrechts; sie ergiebt sich auch aus einer genaueren Betrachtung der Albrecht'schen und Hölder'schen Eintheilung selbst.

In Wahrheit sind innerhalb der Dreitheilung Albrechts nur Gesetzgebung und Verwaltung unmittelbar definirbar: erstere als Aufstellung allgemeingültiger, d. h. formell an alle Rechtsgenossen gerichteter und von ihnen anzuerkennender Normen; letztere als Ausführung dieser Normen, soweit dieselbe den Organen des Staats als solchen zukommt und nicht etwa selbst wieder auf Gesetzgebung hinausläuft*). Der Regierung in dem bei

gierung“ identisch mit „Gesetzesvollziehung“. Dagegen hat H. Zachariä zwar den Begriff der Regierung im weitern Sinne mit Recht an die Spitze seiner Darstellung der staatlichen Thätigkeiten gestellt, aber ihr alsdann den Begriff der Gesetzgebung nicht untergeordnet, sondern in ziemlich unklarer Weise zur Seite gesetzt.

*) Die im Texte gegebene Begriffsbestimmung der Gesetzgebung zu rechtfertigen, muß dem dritten Buche vorbehalten bleiben, wo „Gesetz“ und „Verwaltungsverfügung“ als verschiedenartige Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts zu charakterisiren sein werden. Vorläufig verweise ich jedoch auf die Erörterungen von Martitz „über den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht“ (Zeitschr. f. d. gesammte Staatswissenschaft 36. Jahrg., 2. Heft), denen ich in vielen Beziehungen beitreten kann. Dies gilt namentlich von dem, was v. Martitz über die Verwechselung der in der That für die gesetzlichen Normen charakteristischen „Allgemeingültigkeit“ mit der von der verbreitetsten Ansicht behaupteten „Allgemeinheit“ oder „Abstractheit“ der gesetzlichen Normen, sowie über die mit dieser Verwechselung eng zusammenhängende Unterscheidung von Gesetzen im materiellen und im formellen Sinne, insbesondere gegen Laband, gesagt hat.

Für fast noch verfehlter freilich halte ich — übrigens auch in

dieser Dreitheilung angenommenen engsten Sinne verbleibt ein Rest staatlicher Thätigkeit, der sich im Allgemeinen nur

Uebereinstimmung mit Martitz, der sich nur hierauf nicht näher eingelassen hat — den Versuch Labands, die bisher gebräuchliche Begriffsbestimmung von Verwaltung (im weitern Sinne) durch eine neue zu ersetzen, wonach unter Staatsverwaltung zu verstehen ist „die freie Thätigkeit der Staatsregierung behufs Durchführung der staatlichen Aufgaben innerhalb der von der Rechtsordnung des Staats gesteckten Grenzen" (D.-R.-StSr. II, S. 201). Zuvörderst paßt die Definition Labands gar nicht auf die doch auch von ihm zur Verwaltung im weitern Sinne gerechnete Rechtspflege. Auch widerspricht es ebenso sehr der staatsrechtlichen Praxis, wie der Natur der Sache, diejenigen Fälle der Verwaltung, in denen der Staat hauptsächlich als Subject von Privatrechten auftritt, als die eigentlich normalen Fälle der Staatsverwaltung (a. a. O. S. 202) aufzufassen. Und was das Wichtigste ist: als staatliche Aufgaben, deren Durchführung doch auch nach Laband das Ziel der Verwaltungsthätigkeit ist, können in Wahrheit für die Verwaltung ausschließlich solche in Betracht kommen, die irgendwie, wenn auch bisweilen nur in allgemeinen Umrissen, gesetzlich vorgezeichnet sind. Eine Thätigkeit, welche über die gesetzlich vorgezeichneten Aufgaben hinausgreift, also offen oder verdeckter Weise dem Staate neue Aufgaben stellt, ist sicherlich keine bloße Verwaltungsthätigkeit mehr. Daß andererseits auch von gemeinen Staatsgenossen, z. B. sofern sie ihre Steuern zahlen, ihre Militärpflicht erfüllen, gesagt werden kann, „sie führten die Gesetze aus", oder wenigstens, „sie seien an der Ausführung der Gesetze betheiligt", wird man Laband unbedenklich zugeben können. Aber die herrschende Ansicht hat doch auch niemals alle Gesetzesausführung als Verwaltung aufgefaßt, sondern immer nur die den Organen des Staats als solchen obliegende. Endlich ist es ein verhängnißvoller Irrthum Labands, daß er „Rechtsbefehl" und „Verwaltungsbefehl" als Gegensätze auffaßt, und nicht vielmehr den Verwaltungsbefehl als eine eigenthümliche Art von Rechtsbefehl niederer Ordnung. Auf diesen Punkt näher einzugehen, muß ich allerdings wiederum dem dritten Buche vorbehalten.

Meine eigene (im Text auftretende) Begriffsbestimmung von Ver-

dahin charakterisiren läßt, daß er weder als Verwaltung noch als Gesetzgebung bezeichnet werden kann, und in seiner Gesammtheit nur darum specielleren Anspruch auf den Titel „Regierung" hat, weil es an einem besondern Namen für diesen Theil der Regierung im weitern Sinne fehlt*).

Nicht minder weist die Zweitheilung Hölders auf den

---

waltung im weiteren Sinne weicht von der bisher üblichen nur insofern ab, als sie eine wohl meist bisher schon stillschweigend hinzugedachte Beschränkung ausdrücklich hervorhebt.

*) Auch Albrechts berühmte Definition, nach welcher „die regierende Gewalt" „diejenige Thätigkeit der Staatsgewalt" ist, die „gleich der gesetzgebenden und im Gegensatze zur vollziehenden nicht nach Vorschrift der Gesetze, sondern nach freier Erwägung des Nöthigen und Nützlichen verfährt, nicht aber wie jene in der Aufstellung allgemeiner Normen, sondern in Specialverfügungen sich äußert", ist augenscheinlich aus der Erwägung hervorgegangen, daß die beiden, seit langem schon von der Wissenschaft gebrauchten Begriffe der „Gesetzgebung" und „Vollziehung" (= Verwaltung im weitern Sinne) nicht die gesammte Staatsthätigkeit erschöpfen, vielmehr einen eigenthümlichen Restbestand der letzteren unausgedrückt lassen. In der Sache selbst freilich ergeben sich zwischen Albrechts Auffassung der Regierung und der meinigen einige nicht unerhebliche Differenzpunkte. Einestheils fand Albrecht (1860) — in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht — das Charakteristische der Gesetzgebung in der Aufstellung allgemeiner (abstracter) Normen, und dementsprechend reicht sein Begriff von Regierung (im engern Sinne) nothwendig in einer Beziehung weiter als der meinige: was Laband als Verwaltungsacte in Gesetzesform bezeichnet, dürfte wohl durchweg unter den Albrecht'schen Begriff der Regierung fallen, während ich dieselben mit v. Martitz als wahre Gesetzgebungsacte fasse. Andererseits werden bei Beschränkung der „Regierung" auf Specialverfügungen m. E. hiervon wichtige Staatsacte ausgeschlossen, welche — wie Friedenstractate und sonstige Staatsverträge — auch allgemeine (abstracte) Normen enthalten können, und doch nicht als solche schon unter den Begriff der Gesetzgebung zu bringen sind.

weiteren Begriff von Regierung zurück. Denn so gewiß die officiellen Handlungen des Trägers der Staatsgewalt vorzugsweise als Regierungshandlungen bezeichnet zu werden verdienen, so gewiß wird das Staatsganze nicht durch sie allein schon regiert, sondern nur unter Vermittelung der zahllosen Staatsorgane zweiter und dritter Ordnung; die Thätigkeit der letzteren gehört also mindestens indirect mit zur Regierung. Uebrigens erscheint es mir auch nicht zulässig, den Begriff der Verwaltung schlechthin auf die untergeordneten Staatsorgane zu beschränken, wie Hölder dies thut; auch eine geraume Zahl von Regierungshandlungen des Monarchen fällt zweifellos unter den Begriff der Verwaltung, z. B. die gesammte Aemterbesetzung, manche zur Ausführung von Gesetzen zu erlassende Verordnungen u. s. w.

Die Consequenzen der vorausgegangenen Erörterung für die Systematik des öffentlichen Rechts sind leicht zu ziehen. Die Regierung im weitern Sinne als Inbegriff der Staatsthätigkeiten zu begründen, in der vorerörterten Weise als Gesetzgebung, Verwaltung und Regierung im engern Sinne zu gliedern, und die principielle Stellung der verschiedenen Staatsorgane zu diesen drei Formen der Regierung klarzulegen, ist Sache der Disciplin des Staatsrechts in engerer Bedeutung des Worts. Ebendahin gehört die weitere formelle Gliederung der Verwaltung in Rechtspflege und Verwaltung im engsten Sinne, sowie die hiermit — wenigstens dem Grundgedanken nach — zusammenhängende Organisation der richterlichen Behörden einerseits, der administrativen andererseits; desgleichen die allgemeine

Charakteristik der dem öffentlichen Rechte des Staats subordinirten Rechtsgemeinschaften, und ihres Verhältnisses zum Staate selbst. Dagegen bleibt als Gegenstand für die Disciplinen des Civilprocesses, des Verwaltungsrechts, des Strafrechts, die systematische Darstellung der Staatsverwaltung im weitern Sinne, und zwar von gewissen materiellen Gesichtspunkten aus.

238. Als materielle Gesichtspunkte für die Systematik des öffentlichen Rechts erscheinen zuoberst zwei. Der Staat ist an sich nicht um seiner selbst, sondern um der ihm irgendwie zugehörenden lebendigen Menschen willen da; sein Endzweck ist immer das Wohl der Staatsgenossen, so mannigfachen Auffassungen auch dasselbe je nach Land und Volk unterliegen, und so verschieden zugleich der Umfang sowie das Maß von Energie sein mag, in welchem in den verschiedenen Staaten die Befriedigung dieses Endzwecks erstrebt wird. Damit ist von selbst der eine und zwar der Idee nach wichtigste Theil der staatlichen Thätigkeit bezeichnet. Aber die nothwendige reale Vorbedingung für die normale Entwickelung dieser Thätigkeit, für die Verfolgung jenes Endzwecks, bildet ein zweiter Theil staatlicher Thätigkeiten, die wir kurzweg als Functionen der Selbsterhaltung zusammenfassen können.

Die hiernach unmittelbar gegebenen beiden Hauptzweige des staatlichen Lebens gliedern sich alsdann weiter in folgender Weise. Die Arbeit des Staats für das Wohl der Staatsgenossen im weitesten Sinne umfaßt einerseits die Regulirung der Rechtsverhältnisse der Staatsgenossen unter einander: Privatrechtsgesetzgebung und Privatrechtspflege,

andererseits die Schöpfung und Ausführung aller möglichen gemeinnützigen, d. h. entweder zur Besserung der Lage der Staatsgenossen oder doch zur Verhütung von Schädigung derselben dienenden Einrichtungen: Sociale und Polizeigesetzgebung, sociale Verwaltung und Polizei im engsten Sinne des Worts. Als Functionen der Selbsterhaltung dagegen erscheinen: Finanzgesetzgebung und Finanzverwaltung; Militärgesetzgebung und Militärverwaltung; Organisation, Anstellung und Ueberwachung der Beamten; endlich Strafgesetzgebung und Strafrechtpflege.

Ueberdies finden sich die beiden vorerwähnten materiellen Gesichtspunkte vereinigt auf einem durchaus eigenartigen dritten Gebiete: in der fortgesetzten Pflege der völkerrechtlichen Beziehungen des Staats resp. der Staatsgenossen zu fremden Staaten. Indessen ist leicht zu sehen, daß dieses dritte Gebiet für unsere gegenwärtige Betrachtung nicht in Frage kommt, da die dasselbe normirenden Rechtsgrundsätze, oder, was dasselbe besagt, die ihm angehörenden Rechtsverhältnisse, abgesehen etwa von dem, was im Staatsrecht über die Organe für Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten zu sagen ist, gar nicht dem öffentlichen Rechte in unserem Sinne, sondern vielmehr dem Völkerrechte zuzurechnen oder wenigstens an dieses anzuschließen sind.

Nicht minder ist klar, daß von allen vorgenannten Zweigen staatlicher Thätigkeit die in Form der Gesetzgebung zu übende, die Aufstellung allgemeingültiger Normen auf den betreffenden Gebieten, keine selbständige Behandlung für jedes einzelne Zweiggebiet erfordert. Denn die Grundsätze über Staatsgesetzgebung im engern

Sinne oder, was dasselbe besagt, die Pflichten der specifischen Gesetzgebungsorgane des Staats sind juristisch im Großen und Ganzen für alle Gebiete dieselben und gehören darum — zugleich mit den wenigen, aber für die Rechtsstellung der verschiedenen Staatsorgane überhaupt charakteristischen Abweichungen — zweifellos in die Darstellung des Staatsrechts. Nur die Aufstellung gesetzlicher Normen durch Organe, die in erster Linie Verwaltungsorgane sind, kann naturgemäß auch im Rahmen des bezüglichen Verwaltungsrechts ausführlicher erörtert werden. Demnach verbleibt für die besonderen öffentlich-rechtlichen Disciplinen, d. h. für alle außer dem Staatsrecht, wie schon am Ende des § 237 angedeutet wurde, im Großen und Ganzen nur die Darstellung derjenigen Rechtssätze resp. Pflichten und Rechte der Staatsgewalt, deren Ausübung unter den formalen Gesichtspunkt der Verwaltung (im weitern Sinne) zu bringen ist, — höchstens theilweise untermischt mit solchen, die nach Inhalt und Wirkung in das Gebiet der Gesetzgebung resp. unter den Begriff der Regierung im engsten Sinne fallen.

Fraglicher mag es erscheinen, ob der hiernach sich herausstellende Rest in den mehrfach genannten Fächern des Civilproceßrechts, des Verwaltungsrechts und des Strafrechts (einschließlich des Strafproceßrechts) wirklich eine ganz angemessene Systematisirung gefunden hat. Insbesondere decken sich Civilproceß und Privatrechtspflege keineswegs vollständig; vielmehr gehören zur letzteren auch die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Gewährung einer Staatshülfe zum Schutze von Privatrechtsverhältnissen, die

von der Gewährung der Staatshülfe im Proceß sich nur dadurch unterscheidet, daß sie nicht unmittelbar die Realisirung, sondern vielmehr die möglichste Sicherstellung der betreffenden Rechtsverhältnisse bezweckt und darum meist schon bei ihrer Begründung Platz greift, während die Proceßhülfe stets Hülfe zur Realisirung der Rechtsansprüche, d. h. entweder zum Zwecke ihrer Befriedigung oder zur Erlangung eines entsprechenden Ersatzes dafür ist. Auch pflegt im Verwaltungsrecht die Organisation des Staatsdienstes, die Anstellung und Ueberwachung der Staatsbeamten nicht im Zusammenhange, sondern nur, soweit es sich speciell um Organe der Verwaltung im engsten Sinne handelt, erörtert zu werden, indem die Darstellung der allgemeinen Grundsätze dem Staatsrechte, die Darstellung der Verhältnisse der Justizbeamten, gleich der ganzen Gerichtsverfassung, dem Civil- und Strafproceßrechte zugewiesen wird. Auch ist, genauer zugesehen, durchaus kein dringender Grund vorhanden, die sociale und Polizei-Verwaltung mit der Finanzverwaltung einer-, der Militärverwaltung andererseits zu einem Systeme der Verwaltung zusammenzufassen.

Trotzdem würde ich es für ein herzlich müßiges Geschäft halten, eine Reform der traditionellen Arbeitstheilung der öffentlich-rechtlichen Disciplinen predigen zu wollen. Wie überhaupt nicht jedes Gebiet des Seins und Denkens geeignet ist, Gegenstand einer besondern wissenschaftlichen Disciplin zu sein, so auch nicht jedes Gebiet des Rechts. Das gilt denn auch u. A. von den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Hauptgrundsätze über dieselben gehören in die Darstellung des Privatrechts, das in man-

chen Partien ohne die Rücksicht auf die nothwendige oder doch zulässige Mitwirkung der Gerichte gar nicht klargelegt werden kann. Eine Zusammenstellung dieser Grundsätze mit den die richterliche Thätigkeit in diesen Dingen betreffenden Ausführungsbestimmungen mag wohl allenfalls für eine monographische Darstellung im Ganzen oder Einzelnen sich eignen, nimmermehr aber kann sie Anspruch auf die Bedeutung einer Specialwissenschaft erheben. Ganz Aehnliches ist von Organisation, Anstellung und Ueberwachung der Staatsbeamten zu sagen. So dankenswerth eine Monographie über den Staatsdienst sein kann, eine eigene Wissenschaft vom Staatsdienste hat keinen Sinn, da das von ihr zu Behandelnde von den anderen Wissenschaften, die sich schon jetzt je an ihrem Theile damit befassen, doch nimmermehr aufgegeben werden kann. Eine Zertheilung des Verwaltungsrechts endlich in die Specialwissenschaften des Social- und Polizeirechts, Finanz- und Militärrechts würde ja sehr wohl durchführbar, vielleicht auch in mancher Beziehung vortheilhaft sein, aber in der Sache selbst wenig oder nichts ändern.

239. Es liegt das Bedenken nahe: Sind wir nicht mit den vorausgehenden Erörterungen zur Systematik des öffentlichen Rechts allzuweit von unserm eigentlichen Thema abgekommen?

Ich denke: nein. Wohl sind wir nirgends dazu gelangt, formell eigenthümliche Verhältnisse von Recht und Pflicht als charakteristische Unterschiede zwischen den verschiedenen Gebieten resp. Disciplinen des öffentlichen Rechts nachzu-

weisen. Aber der Grund hiervon liegt nicht in einer Abirrung von unserer Aufgabe, sondern einfach darin, daß dergleichen überhaupt nicht aufzufinden sind. Ueberall handelt es sich um Pflichten und Rechte (d. h. Rechtsansprüche) einerseits der zu besonderer Theilnahme an der Staatsthätigkeit Berufenen, sowie theilweise auch der dem Staate subordinirten Gemeinwesen gegen den Staat, andererseits aller Staatsgenossen resp. Staatsangehörigen gegen eben denselben Staat. Nur der verschiedene Inhalt der Pflichten und Rechte ist es, welcher die verschiedenen Gebiete und Disciplinen des Verwaltungsrechts, des Civilproceßrechts und Strafrechts unterscheidet. Und eben diese Thatsache, sowie den innern Zusammenhang der genannten Sonderdisciplinen zum Staatsrecht im engern Sinne als zu der Darstellung der für alle zugleich maßgebenden öffentlich-rechtlichen Grundverhältnisse in Kürze festzustellen, war allein die Aufgabe der unmittelbar vorausgeschickten Erörterungen dieses Abschnitts; ein näheres Eingehen auf die je nach dem Gegenstande möglichen Complicationen von Pflichten der Staatsorgane mit Rechten und Pflichten der Staatsgenossen, oder von Pflichten des einen Staatsorgans mit Pflichten des andern u. s. w., wie solche innerhalb jedes dieser Rechtsgebiete vorkommen, liegt völlig außer dem Bereiche der jetzigen Betrachtung.

Eine einzige kurze Bemerkung mag, um Mißverständnisse möglichst zu meiden, hier noch angefügt werden. Wir haben in § 231 die öffentliche Rechtsstellung einer individuell bestimmten Person, „das umfassendste öffentliche Rechtsverhältniß, in welchem dieselbe steht", dessen Inhalt

die Gesammtheit der öffentlich-rechtlichen Normen bildet, soweit sie Subjecte der betreffenden Art voraussetzen, ein „unmittelbar nach beiden Seiten hin concretes Rechtsverhältniß“ genannt, — im Gegensatze zu der Privatrechtsstellung eines Individuums, die sich uns als ein nur einseitig concretes Rechtsverhältniß darstellte (§ 202). Daraus folgt, daß, vom Standpunkte einer bestimmten Person aus betrachtet, für alle einfachen öffentlich-rechtlichen Verhältnisse derselben auch das unmittelbar correspondirende Subject im Staate selbst ein- für allemal mit gegeben ist; abgesehen natürlich von den Rechtsverhältnissen innerhalb irgendwelcher dem öffentlichen Rechte subordinirter Rechtsgemeinschaften, die ihrerseits wiederum in analoger Weise als Verhältnisse zwischen je der betreffenden Körperschaft als Subject auf der einen, aus deren Mitgliedern und resp. Organen auf der andern Seite aufzufassen sind, und zwar unter Umständen in mehrfacher Abstufung. Dagegen folgt keineswegs aus meinen bisherigen Ausführungen — und konnte mir dies schon nach dem in § 191 Bemerkten gar nicht einfallen —, daß nicht auch das öffentliche Recht zusammengesetzte (genauer: den Subjecten nach zusammengesetzte) Rechtsverhältnisse kenne, und zwar sowohl gleichmäßig als ungleich zusammengesetzte. Nur so viel ist klar, daß alle solche zusammengesetzten Rechtsverhältnisse, mögen sie sich nun zu dem großen öffentlich-rechtlichen Gesammtverhältniß als Theilverhältnisse oder als subordinirte verhalten (soweit nur nicht die Subordination erst durch ein anderes Subject, nämlich durch eine dem Staate zu-

nächst subordinirte Personengesammtheit vermittelt ist), ebenfalls das Gemeinsame haben müssen, daß das Mittelglied, welches zwei oder mehr einfache Rechtsverhältnisse zu dem zusammengesetzten verbindet, hier stets das von vornherein bestimmte concrete Subject ist, das wir den Staat So-und-so nennen.

240. Allerdings wird diese unsere Grundanschauung und die daraus gezogene Schlußfolgerung, daß eine principielle Verschiedenheit bezüglich der Subjecte der Rechtsverhältnisse für die verschiedenen traditionellen Fächer des öffentlichen Rechts nicht anzunehmen — falls man sie überhaupt beachtet —, kaum ohne Widerspruch bleiben. Man wird insbesondere darauf hinweisen, daß dem Civilproceß ein Parteiverhältniß charakteristisch sei, wie solches im Verwaltungsrecht ganz fehlen könne und meist wirklich fehle.

Es liegt mir durchaus fern, die zuletzt erwähnte Thatsache bestreiten zu wollen. Die Frage ist nur: Was ist mit dem Ausdruck „Parteiverhältniß" eigentlich gesagt?

Ist damit ein Verhältniß zwischen Kläger und Beklagtem gemeint, wie es nach der gegenwärtig allgemein angenommenen Ansicht über altgermanischen Proceß anscheinend in diesem letztern bestand, ein Verhältniß von Recht und Pflicht unmittelbar zwischen Beiden, ohne Vermittelung durch das im Judex repräsentirte Gemeinwesen, so ist allerdings klar, daß ein solches Civilproceßrecht von dem Verwaltungsrechte sich auch durch eine wesentliche Differenz bezüglich der Subjecte der beiden Gebieten eigenthümlichen Rechtsverhältnisse unterscheiden würde. Allein

daraus würde keineswegs weiter folgen, daß meine Behauptungen bezüglich der Eintheilung des öffentlichen Rechts falsch sind, sondern einzig und allein dies: ein Civilproceßrecht von solcher Art, wie es das altgermanische nach der vorausgesetzten Ansicht war, gehört überhaupt seinem Kerne nach nicht zum öffentlichen Recht, sondern zum Privatrecht.

241. Beiläufig möchte ich allerdings die Richtigkeit der fraglichen Ansicht über das Rechtsverhältniß der Parteien im altgermanischen Proceß in den für die gegenwärtige Erörterung allein interessirenden Punkten ernstlich bezweifeln, so außerordentlich hoch ich auch den Werth der in den letzten Jahrzehnten auf diesem Gebiete geführten Untersuchungen anschlage. Wirklich bewiesen ist m. E. durch dieselben immer nur, daß der altgermanische Proceß durchweg Verhandlung von Partei zu Partei ist, will sagen, daß die Proceßhandlung der Partei, sofern sie formgerecht vorgenommen ist, unmittelbar — ohne das Medium des richterlichen Befehls — eine bestimmte Verpflichtung des Gegners erzeugt oder, vielleicht richtiger gesagt, hervorruft. Dagegen ist nicht bewiesen, ja im Grunde genommen, so viel mir bekannt, der Beweis gar nicht speciell darauf gerichtet worden, daß die so hervorgerufene Verpflichtung eine Verpflichtung direct oder gar ausschließlich gegen den Gegner und nicht vielmehr ihrem juristischen Wesen nach eine Verpflichtung gegen das Gemeinwesen sei. Daß etwa das Erstere von selbst aus dem auch von mir als bewiesen Zugestandenen sich ergebe, trifft durchaus nicht zu. Ebenso wenig können

Aeußerlichkeiten, wie z. B. der Umstand entscheiden, daß die Partei „an den Stab des Gegners" antwortet und schwört; vielmehr erklären sich dieselben zur Genüge schon aus dem, was ich selbst als erwiesen zugestehe. Andererseits sprechen die Folgen, welche die altgermanischen Rechte an die Nichterfüllung der Proceßpflichten knüpfen, zum Theil ganz positiv gegen die oben gedachte Auffassung. Namentlich ist eine völlige Ausstoßung aus der Rechtsgemeinschaft, wie es die Friedloserklärung des auf peremtorische Ladung nicht erschienenen Beklagten oder der die Abschließung des Beweisvertrages nach dem Urtheile weigernden Partei ist, nur verständlich, wenn dieselbe wegen Verletzung von Pflichten gegen das Gemeinwesen erfolgt.

242. Wie dem aber auch sein möge, keinesfalls liegt in dem Begriff des Parteiverhältnisses an sich schon die Voraussetzung einer directen Beziehung der als Parteien Bezeichneten unter einander. Wir reden von Parteien überall, aber nach einem strengeren Sprachgebrauche auch nur dann, wenn von zwei oder mehreren materiell verschiedenen Standpunkten aus die formell für alle bindende Entscheidung einer höheren Gewalt erstrebt wird. So besteht das Wesen aller politischen Parteien darin, daß sie eine Regelung der staatlichen Verhältnisse durch Einwirkung auf die verfassungsmäßigen Gewalten oder durch Anrufung des gesammten Volkes herbeizuführen suchen, wie es je ihren speciellen Anschauungen entspricht. Wir pflegen dagegen nicht von Parteien zu reden, wo es an einer höheren Entscheidungsgewalt gänzlich fehlt oder doch von deren Mitwirkung abstrahirt wird. So sind mit einander krieg-

führende Mächte keine Parteien im strengern Sinne des Worts; so bezeichnen wir insbesondere Gläubiger und Schuldner an sich niemals als Parteien, auch nicht wenn der Erstere Selbsthülfe übt und der Andere sich gegen dieselbe vertheidigt.

Wir können mithin, oder müssen vielmehr sehr wohl daran festhalten, daß dem Civilproceß ein Parteiverhältniß charakteristisch ist, ohne darum auch zuzugeben, daß das Parteiverhältniß ein Rechtsverhältniß (d. h. ein Verhältniß von Anspruch und Pflicht) direct zwischen den Parteien als solchen sei und nicht vielmehr ein zusammengesetztes Rechtsverhältniß (vgl. oben § 191), gebildet aus zwei in eigenthümlicher Weise einander correspondirenden Rechtsverhältnissen zwischen dem Kläger resp. Beklagten einerseits und dem im Gericht repräsentirten Staate andererseits. Wo die Parteien in den Lauf des Processes durch vertragsmäßige Abmachungen eingreifen, ist das dadurch erzeugte Rechtsverhältniß entweder als privatrechtliches aufzufassen, über welches der Richter ganz in derselben Weise zu cognosciren hat, wie über dasjenige Rechtsverhältniß, das den Hauptgegenstand des Processes bildet, oder die vertragsmäßige Abmachung hat juristisch den Charakter einer Proceßverfügung, durch welche gleichzeitig das Rechtsverhältniß beider Parteien zu dem um Hülfe angegangenen, im Gericht repräsentirten Staate modificirt wird. Die Begründung der letzteren Behauptung muß ich mir allerdings für das dritte Buch, für die Erörterung der Lehre vom Rechtsgeschäft aufsparen; daß sie Manchen zunächst ein wenig ungeheuerlich erscheinen wird, verhehle ich mir nicht.

243. Noch ist eines leicht möglichen und in der That größere Beachtung verdienenden Einwandes zu gedenken: Sind nicht etwa, neben den Rechtsverhältnissen zwischen dem Staate einerseits und den zur Lösung der Staatsaufgaben Berufenen andererseits, auch noch Rechtsverhältnisse innerhalb des Systems der Staatsorgane selbst anzunehmen?

Bei näherer Erwägung stecken in dem so gefaßten Einwande zwei Fragen, die wohl auseinander zu halten sind:

1) Giebt es vielleicht bei denjenigen Staatsorganen, welche Collegien sind, interne Rechtsverhältnisse zwischen dem Collegium als Einheit und den Gliedern resp. Organen desselben, nach Analogie der Rechtsverhältnisse innerhalb der dem Staate und speciell dem öffentlichen Rechte subordinirten Körperschaften?
2) Giebt es Rechtsverhältnisse zwischen verschiedenen Staatsorganen (Einzelpersonen oder Collegien), die als Rechtsverhältnisse dieser Staatsorgane unmittelbar gegen einander (statt als zusammengesetzte Rechtsverhältnisse von der in § 239 a. E. bezeichneten Art) aufzufassen sind?

Die erste dieser beiden Fragen stehe ich nicht an zu bejahen, — wenigstens für einen Theil der gedachten Collegien. Namentlich rechne ich hierzu einige aus der in § 232 neben den Trägern der Staatsgewalt und den Staatsbehörden angedeuteten dritten Art von Staatsorganen, vor Allem die Parlamente; ferner in Republiken, aristokratischen und demokratischen, sowie in Bundesstaaten, die hier ebenfalls collegialisch auftretenden Träger der Staats-

gewalt selbst. In allen diesen Fällen scheint mir das Bedürfniß, ein eigenthümliches internes Rechtsverhältniß von der in der obigen Frage vorausgesetzten Art anzunehmen, kaum von der Hand zu weisen.

Aber selbst bezüglich der collegialisch organisirten Staatsbehörden finde ich keinen durchschlagenden Grund, die gleiche Annahme unter allen Umständen für unmöglich zu erklären. Nur so viel läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß überall, wo von einem internen Verhältniß innerhalb eines als Staatsorgan erscheinenden Collegiums, im Sinne eines Verhältnisses von Pflichten und Ansprüchen zwischen den Mitgliedern und dem Collegium als einem besondern Rechtssubjecte die Rede sein soll, das öffentliche Recht des betreffenden Staats selbst genügenden Anlaß zu einer solchen Auffassung des Collegiums als eines besondern Rechtssubjects neben dem hinter ihm stehenden Staate geben muß. Und solchen genügenden Anlaß vermisse ich allerdings bei allen mir in Gedanken gegenwärtigen Staatsbehörden. Die Disciplinargewalt, die ein höchster Gerichtshof über seine eigenen Mitglieder übt, ist sicherlich keine Corporationsgerichtbarkeit, sondern nichts anderes, als ein Theil der Disciplinargewalt des Staats über seine richterlichen Beamten; die Präsidenten unserer Gerichte und Regierungsbehörden, sowie die als Präsidium bezeichneten Ausschüsse der ersteren für die Vertheilung der Mitglieder in die Abtheilungen und ähnliche Dinge, sind keineswegs Organe der bezüglichen Collegien, sondern für diese Zwecke bestimmte Staatsorgane, aus deren rechtmäßigen Verfügungen nicht das

Collegium, sondern einfach der Staat Anspruch auf Gehorsam hat u. s. w.

Daß übrigens auch die vorher von mir gemachten Zugeständnisse keine Aenderung meiner Grundanschauung vom öffentlichen Rechte (§§ 231 f. 239 f.) bedingen, folgt aus der schon bei der Formulirung unserer ersten Frage herbeigezogenen Analogie wohl von selbst.

244. Bezüglich der zweiten obigen Frage liegen die Dinge nur wenig anders.

Im Grunde ist es contradictio in adjecto, wenn behauptet wird, zwei Staatsorgane, oder, besser gesagt, zwei als Staatsorgane fungirende Personen oder Collegien könnten in einem besondern öffentlichen Rechtsverhältnisse zu einander stehen. Denn qua Staatsorgane sind sie doch eben Organe eines und desselben Rechtssubjects, und das Rechtsverhältniß, das man zwischen ihnen behaupten wollte, wäre mithin ein Rechtsverhältniß des Staats zu sich selber. Damit stimmt nicht nur die herrschende Staatsrechtsdoctrin z. B. überein, sondern in der Regel lassen sich auch die mancherlei Beziehungen zwischen mehreren Staatsorganen, welche die obige Frage veranlaßt haben, sehr einfach auf Rechtsverhältnisse zwischen dem einen als Staatsorgan erscheinenden Subjecte und dem Staate selbst reduciren. So erscheint überall, wo wir von Beziehungen zwischen einer höheren und niederen Instanz, zwischen Vorgesetzten und Untergebenen reden, in dem Ersteren der Staat selbst vertreten und Gehorsam beanspruchend von dem Letzteren; die Pflichten des Untergebenen sind nicht Pflichten gegen die *Person* des Vorgesetzten, sondern Pflichten gegen den von ihm repräsentirten Staat.

Und in ähnlicher Weise lassen sich ohne Schwierigkeit auch die Fälle construiren, wo eine Behörde verpflichtet erscheint, dem bestimmt qualificirten Ersuchen einer andern, die ihr im staatlichen Behördenorganismus nicht übergeordnet ist, Folge zu geben. Auch hier kann nicht von einem wahren Rechtsanspruche der ersuchenden Behörde selbst, sondern statt dessen immer nur von einem Anspruche des Staats die Rede sein, und zwar ist dieser Rechtsanspruch nichts anderes als einer von den Ansprüchen, aus denen sich überhaupt der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Staate einerseits und dem im angenommenen Falle qua Behörde Verpflichteten andererseits sich zusammensetzt, — ein Anspruch, wie er zunächst natürlich nur als bedingter und inhaltlich abstracter existirt, aber zum unbedingten und inhaltlich concreten wird, sobald ein concretes Ersuchen der vorgesehenen Art erfolgt ist.

Nur in einzelnen besonderen Fällen, freilich gerade Fällen von hervorragender Bedeutung, reicht der zuletzt gebrauchte Erklärungsmodus nicht aus: ich nenne speciell die Rechtsstellung der Kammern in unseren constitutionell-monarchischen Staaten*). Wenn wir die hierauf bezüglichen, wie auch immer sonst verschiedenen Verfassungsbestimmungen der letzteren

*) Ganz ähnliche Erwägungen greifen natürlich Platz für die höchsten Organe eines Bundesstaats, also insbesondere auch für das aus der deutschen Reichsverfassung sich ergebende Verhältniß des Reichstags zum Bundesrath resp. zum Kaiser. Ich sehe indessen völlig davon ab, dieses letztere Verhältniß in der gegenwärtigen Skizze besonders zu berücksichtigen, da dasselbe in einigen Beziehungen complicirter erscheint als das im Texte besprochene, und doch schließlich keine principiell verschiedene Construction zuläßt.

vom Standpunkte der anerkennenden Staatsgenossen aus in derselben Weise analysiren, wie wir dies im dritten Abschnitte dieses Buches (insbesondere § 145) gethan haben, auch hinzunehmen, was schon in § 146 über die Auffassung der Gesammtheit der Anerkennenden als juristische Person angedeutet und dann später theils im fünften, theils im gegenwärtigen Abschnitt weiter, namentlich auch mit Anwendung auf den Staat, ausgeführt worden ist, so gelangen wir nothwendig zu dem mit der herrschenden staatsrechtlichen Doctrin übereinstimmenden Schlusse, daß in jenen Bestimmungen, vom Standpunkte der zur Mitgliedschaft in einer Kammer Berufenen aus angesehen, nicht bloß Pflichten derselben gegen den Staat, sondern zugleich Rechtsansprüche für sie selbst mit anerkannt sind. Auch werden kaum erhebliche Bedenken darüber entstehen können, wieweit diese Ansprüche als Ansprüche der einzelnen Mitglieder als solcher erscheinen, wie beispielsweise der Anspruch, nicht ohne Genehmigung der betreffenden Kammer verhaftet, sowie wegen der Aeußerungen in der Debatte nicht strafrechtlich verfolgt zu werden, oder vielmehr als Ansprüche, die nur einer Kammer in ihrer Gesammtheit, als Collegium zustehen, wie insbesondere alle Ansprüche, die auf eine bestimmte Art der Mitwirkung bei der Regierung gehen, z. B. der Anspruch auf Erscheinen der Minister in den Sitzungen, auf rechtzeitige Vorlage des Staatshaushaltsetats, auf Vorlage der allgemeinen Rechnung über den Staatshaushalt behufs Entlastung, auf Unterlassung der Sanction von Gesetzentwürfen, die die Zustimmung der Kammer nicht erhalten haben u. s. w.

Daneben noch Ansprüche anzunehmen, die nur als Ansprüche beider Kammern zusammen aufzufassen wären, dürfte höchstens da Anlaß vorhanden sein, wo eine Verfassung ausnahmsweise die Vereinigung beider Kammern zu Einem Collegium vorsieht. Ungleich complicirter hingegen gestaltet sich die Frage, an wen die soeben besprochenen Rechtsansprüche gerichtet erscheinen. Schon die Ansprüche der einzelnen Kammermitglieder lassen sich in dieser Hinsicht in mehrere Klassen theilen. Ich sehe dabei ganz ab von den privatrechtlichen (genauer personenrechtlichen) Ansprüchen gegen alle Staatsgenossen, die sämmtlich bloß dann als besondere Privatrechte anzusehen wären, wenn man die besonderen strafrechtlichen Folgen, die an ihre Verletzung geknüpft sind, für die Charakteristik der verletzten Rechte selbst maßgebend sein läßt, was ich meinerseits stets ablehnen müßte. Immerhin treten neben die öffentlichen Rechte der einzelnen Kammermitglieder gegen den Staat, nach Art der obengenannten, noch Ansprüche gegen die betreffende Kammer als Collegium (vgl. § 243); und für Mitglieder, die von Corporationen präsentirt oder gewählt sind, bestehen bisweilen auch noch Ansprüche (auf Diäten und Reisekosten) an die betreffende Körperschaft. Und wenn bei allen Ansprüchen der einzelnen Kammermitglieder wenigstens die juristische Natur, als mit der Bezeichnung der jedesmal verpflichteten Subjecte selbst gegeben, kaum zweifelhaft sein kann, vermag ich nicht das Gleiche zu behaupten bezüglich der Rechte einer Kammer als Collegium. Wohl begründet insoweit, als ein Vergleich dieser Rechte mit den Rechtsansprüchen der einzelnen Glieder ohne Gewaltsamkeit möglich ist, eben dieser Ver-

gleich eine ziemlich starke Vermuthung für den juristischen Charakter jener Rechte. Man wird darum z. B. getrost behaupten dürfen, daß das Recht einer Kammer auf Achtung und Nichtstörung ihrer Verhandlungen juristisch nicht verschieden ist von den gleichen Rechten irgend eines Privatvereins, obgleich es — analog dem oben bemerkten Rechte der einzelnen Parlamentsmitglieder — mit einem besondern strafrechtlichen Schutze bedacht ist*); man wird auch kaum zweifelhaft sein, was gegenüber den Rechten der Mitglieder an das Collegium als Anspruch desselben gegen die Mitglieder, und parallel den Ansprüchen der Letzteren gegen den Staat (auf Nichtverhaftung, auf Diäten u. s. w.) als Anspruch der Kammer gegen den Staat (z. B. auf Einstellung der Untersuchung gegen ein Mitglied, auf Gewährung der nöthigen Gelder zur Erfüllung der parlamentarischen Aufgaben u. s. w.) anzusehen ist. Aber gerade in Bezug auf die wichtigsten Rechte der Kammer, die Ansprüche auf bestimmte Arten der Mitwirkung bei der Regierung (im

---

*) Es fällt mir natürlich nicht ein, in Abrede ziehen zu wollen, daß neben den hier als privatrechtlich charakterisirten Ansprüchen auf Achtung und Nichtstörung auch ein inhaltlich gleicher Anspruch des Staats (auf Achtung und Nichtstörung der Kammern) steht. Aber dieser Anspruch, der allerdings schon darum präsumtiv als öffentlich-rechtlicher zu bezeichnen wäre, weil er eben als ein Anspruch des Staats erscheint, ist, genauer betrachtet, gar kein anderer, als der allgemeine Anspruch des Staats auf Gehorsam gegen seine Gesetze, wie er schlechthin allen Privatrechtsansprüchen, die sich auf Staatsgesetz gründen, zur Seite steht, wie verschiedenartig auch die Folgen sein mögen, welche durch andere secundäre Rechtsvorschriften an die Verletzung beider inhaltlich gleicher Ansprüche geknüpft resp. nicht geknüpft sind. (Vgl. die beiden Anmerkungen zu § 206.)

weitern Sinne), wage ich selbst z. B. keine bestimmte Entscheidung darüber zu treffen, ob die **unmittelbar** correspondirenden Verpflichtungen allein und **ausschließlich** als Verpflichtungen des Staats zu betrachten*), oder nicht etwa **neben** diesen, resp. **statt** ihrer, unmittelbare Pflichten des Monarchen gegen die Kammern anzunehmen sind.

Sei dem indeß wie ihm wolle, wesentliche Incongruenzen mit unserer bisher dargelegten Ansicht vom öffentlichen *Rechte* ergeben sich selbst unter der zuletzt berührten Voraussetzung, so viel ich sehen kann, **nicht**. Um zuvörderst das Rechtsverhältniß der Kammern als Collegium zum Staate *einerseits*, zu den einzelnen Staatsgenossen andererseits zu construiren, reicht es aus, die für ihre inneren Verhältnisse bereits in § 243 benutzte Analogie (der dem öffentlichen Rechte subordinirten Körperschaften) auch auf ihre Beziehungen nach außen auszudehnen, natürlich mit den Beschränkungen, *welche* das positive Recht des betreffenden Staats selbst an die Hand giebt. Um außerdem ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen den Kammern und dem Monarchen zu construiren, würde es allerdings nöthig sein, **beide** Theile überdies als Glieder einer besondern höchsten Rechtsgemeinschaft *im* Staate aufzufassen. Immerhin könnte auch diese höchste

*) Von selbst versteht sich, daß in diesem Falle ein zusammengesetztes Rechtsverhältniß von der in § 239 a. E. bezeichneten Art anzunehmen wäre, indem die Verpflichtungen des Staats im Verhältniß zu den Kammern gleichzeitig auch als Rechtsansprüche an den Monarchen und insofern — dem Inhalte nach — **auch** als Verpflichtungen des Monarchen, nur eben nicht als Pflichten direct gegen die Kammern, sondern als Pflichten gegen den Staat, gegen die Gesammtheit, sich darstellen würden.

Rechtsgemeinschaft im Staate, dem letztern selbst gegenüber, nur eine subordinirte, wenn auch im übrigen völlig einzigartige, sein; ja sie würde dies nicht nur formell, sondern auch dem Zwecke nach sein, sofern ihre Aufgabe darin vollständig aufgeht, gewissen höchsten Zwecken des Staats zu dienen.

X.

245. Je skizzenhafter der in den beiden vorhergehenden Abschnitten gegebene Ueberblick über die allgemeinsten Charakterzüge der Rechtsverhältnisse im Privatrecht und öffentlichen Recht ausfallen mußte, desto eingehender wird ein Capitel der Lehre von den Rechtsverhältnissen zu erörtern sein, welches längst seine Stelle im allgemeinen Theil des Privatrechts gefunden hat, aber in Wahrheit nicht bloß für dieses, sondern auch für wichtige andere Rechtsgebiete in vorderster Reihe steht: das Capitel von der Begründung, Veränderung und Endigung der Rechtsverhältnisse.

Den Ausgangspunkt für diese Erörterung bildet für *uns* naturgemäß das in den §§ 183 ff. über den nothwendigen Inhalt aller Rechtsverhältnisse Ausgeführte. Wenn die Anerkennung von gewissen Normen für ein Zusammenleben oder, was dasselbe besagt, von gewissen correspondirenden Ansprüchen und Pflichten, schlechthin die einzige Thatsache ist, die als Inhalt eines Rechtsverhältnisses gedacht werden kann, so ist zuoberst nur eine dreifache Möglichkeit denkbar, wie Rechtsverhältnisse begründet, verändert oder aufgehoben werden können. Ent-

weder nämlich geht die Begründung, Veränderung, Vernichtung derselben völlig Hand in Hand mit der rechtlichen Anerkennung der Normen selbst, die den Inhalt des Rechtsverhältnisses bilden, resp. das vorhandene Rechtsverhältniß modificiren oder ganz beseitigen sollen. Oder sie besteht einzig in der Erfüllung gewisser thatsächlicher Bedingungen, an welche die concrete Wirksamkeit bereits vorhandener — zunächst, in ihrer bedingten Fassung, zum Inhalt eines umfassenderen Rechtsverhältnisses gehörigen — Rechtsnormen geknüpft ist. Oder endlich die Aufstellung von Normen, die den Inhalt eines zu begründenden resp. die Modification eines bestehenden Rechtsverhältnisses ganz oder theilweise in sich schließen, erscheint zugleich als die Erfüllung von Bedingungen, von denen die concrete Wirksamkeit anderer bereits vorher geltender, einem umfassenderen Rechtsverhältnisse zugehöriger Rechtsnormen abhängt, indem die neu aufgestellten den letzteren subordinirt sind.

Nur hervorragende Arten der ersten beiden Formen sind: auf der einen Seite das Gewohnheitsrecht, die am allgemeinsten anerkannte, ja in der Regel allein beachtete Rechtsquelle erster Ordnung (Th. I, S. 100); auf der andern Seite das Delict, d. i. die schuldhafte Uebertretung von Rechtsnormen, sofern hieran das Wirksamwerden gewisser anderer — secundärer — Rechtssätze geknüpft erscheint. Die dritte Form dagegen deckt sich vollständig mit dem technischen Ausdruck „Rechtsgeschäft".

246. Die Lehre vom Rechtsgeschäft — nebst einigen nachträglichen Erörterungen über Rechtsquellen erster Ord-

nung — soll den Inhalt unseres dritten Buches, die Lehre vom Unrecht und von den Rechtsfolgen desselben den Inhalt des vierten und fünften Buches bilden. Zuvor jedoch sehe ich mich veranlaßt, noch etwas näher auf den Sinn einzugehen, den wir überhaupt mit Ausdrücken wie „Entstehung (Begründung), Veränderung, Untergang (Aufhebung, Vernichtung) von Rechtsverhältnissen", oder was im Resultate auf dasselbe hinausläuft, „von subjectiven Rechten" zu verbinden haben.

Nicht als wenn ich der Meinung wäre, daß dieser Sinn wirklich ein so schwer zu fassender wäre, daß er schon an sich einer besondern eingehenden Erörterung bedürfte. Vielmehr möchte ich glauben, daß die fraglichen Ausdrücke bis in die jüngste Zeit kaum zu irgend erheblichen Irrthümern oder zu bedenklichen juristischen Consequenzen geführt haben. Allein nachdem einmal der Versuch gemacht worden ist, diese Ausdrücke in den Dienst einer besondern sog. naturhistorischen Methode zu stellen, erscheint es mir allerdings nicht zulässig, hierzu einfach zu schweigen.

Ich denke dabei vor allem an die Ausführungen Zitelmanns in seinem Buche „Irrthum und Rechtsgeschäft", speciell an den Abschnitt über „die juristischen Thatsachen" (S. 200ff.). Zwar hat gerade dieser Abschnitt bereits in Grünhut's Zeitschrift f. Privat- und öffentl. Recht (Bd. VII, S. 546ff.) eine eingehende Widerlegung durch Schloßmann gefunden, dem ich hier in vielen Beziehungen zustimmen kann. Allein das Zitelmann'sche Buch ist doch in weiten Kreisen — freilich wohl hauptsächlich um seiner sehr schätzbaren psychologischen Ausführungen willen, die

augenblicklich nicht in Betracht kommen — mit großem Beifall aufgenommen worden; und auch ganz abgesehen hiervon möchten ähnliche Anschauungen, wie die von Zitelmann über die juristischen Thatsachen geäußerten, nicht gar so vereinzelt stehen, daß ich mich von einer Erörterung derselben ganz dispensiren könnte *).

247. Zitelmann beginnt mit der Bemerkung (S. 201), daß „das, was wir das objective Recht nennen, eine rein geistige Schöpfung von uns ist; die erste Form seines empirischen Auftretens ist die der Norm: jedes objective Recht ist ursprünglich ein Complex von Normen".

„So richtig dies indeß auch ist" **), fährt er alsdann fort, „so kann man sich doch andererseits bald überzeugen, daß diese logische Form des Rechts erst eine Anfangsstufe ist, die nothwendig überwunden werden muß. Die Normen sind nur das Material, aus dem die juristische Welt erst aufgebaut werden soll. Schon die Masse

*) Die in Grünhut's Zeitschrift (X, 349ff.) veröffentlichte Abhandlung Schuppe's über den „Begriff des Rechts", die ebenfalls an Zitelmann anknüpft, habe ich hierbei nicht mehr berücksichtigen können, da außer einigen Nebenpartien des IX. Abschnitts das ganze vorliegende Buch, insbesondere auch der gegenwärtige X. Abschnitt beim Erscheinen jener Abhandlung längst abgeschlossen war.

**) Ob es wirklich so ganz richtig ist, oder ob nicht vielmehr schon die Worte „rein geistige Schöpfung von uns" auf eine falsche Anschauung hindeuten, — ob es ferner ganz correct ist, zu sagen, daß die Norm die erste Form empirischen Auftretens des Rechts sei; — darf hier dahin gestellt bleiben. Ich nehme an, daß mit den nicht ganz passenden oder doch mehrdeutigen Ausdrücken das Richtige gemeint ist.

des zu bewältigenden Stoffs allein verlangt eine begriffliche Fortbildung; welche Schwerfälligkeit des Begreifens, Behaltens und Ausdrückens würde vorliegen, wenn wir stets alle einzelnen bezüglichen Normen aufzählen müßten! In andere logische Formen gilt es also diesen Stoff zu gießen: was aber liegt da näher, ja was anderes ist nur möglich, als daß wir dieselben logischen Formen anwenden, in denen wir die sinnliche Welt erfassen? Wie wir den Raumtheil, der sich durch eine Reihe aus- und eingehender Wirkungen auszeichnet, als Körper erfassen, so verdichten wir auch die durch eine Reihe ihrem Inhalt nach zusammengehöriger Rechtsnormen normirte Stellung der Person zu einem subjectiven Recht; dieses subjective Recht erfassen wir nun ebenfalls völlig mit dem sinnlichen Objectsbegriff. Wie wir den Körper als etwas anderes denn eine Reihe von Kräften ansehen, so fassen wir auch das subjective Recht als etwas außerhalb jener Normen auf: wir vergegenständlichen das durch eine Reihe von Normen hergestellte Verhältniß. Und nicht genug hiermit. Jetzt wenden wir auf dieses gedachte Ding sämmtliche andere Denkformen, die wir für die sinnliche Welt gebrauchen, ebenfalls an: Das Recht ist ganz und getheilt, es ist selbständig und abhängig, es ist eins und mehrere; wir denken dasselbe als beharrlich (identisch) trotz des Wechsels seiner Eigenschaften (daher z. B. der Begriff der Succession in ein Recht); endlich, was das Wichtigste ist, wir fassen diese einzelnen concreten als Dinge gedachten Rechte gerade so, wie die Körper selbst mit der Kategorie der Causalität auf. Wie die sinnliche Welt sofort zu

einer undisciplinirten Masse regellos umherwirbelnder Atome würde, wendete man die Denkform der Causalität nicht mehr an, so wäre auch die Rechtsordnung ohne diese übertragene Anwendung des Causalgesetzes völlig rudis indigestaque moles: jetzt aber denken wir die Rechte als entstehend, vergehend, sich verändernd wie die natürlichen Körper, und für jede solche Aenderung in der Welt der subjectiven Rechte (Rechtswelt) müssen wir ebenso gut eine Ursache finden wie für eine Aenderung in der uns umgebenden physischen und psychischen Welt; kurz, mit all diesen Denkoperationen bringen wir eine zweite Welt nach dem Ebenbilde der natürlichen Welt hervor; wir selbst schaffen die Elemente, aus denen sie besteht, und verknüpfen diese Elemente dann mit einander; wie die Elemente selbst nur etwas Gedachtes sind, so sind auch die Verknüpfungen lediglich gedacht: aber innerhalb dieser einmal geschaffenen Gedankenwelt haben sie durch unsern menschlichen Machtspruch dieselbe Stellung und denselben Werth wie in der wirklichen Welt: es handelt sich im Recht um eine Nachbildung der Natur im Elemente des Gedankens".

Gegen alle diese Gedankengänge, die nachher von Zitelmann großentheils noch weiter ausgeführt worden sind, habe ich die entschiedensten Bedenken.

248. Fürs Erste ist es durchaus irreführend, die Normen „nur als das Material" aufzufassen, „aus dem die juristische Welt erst aufgebaut werden soll". Freilich, wenn man unter juristischer Welt nur das Gesammtbild verstehen will, in welchem die wirkliche Rechtswelt im Kopfe

des Juristen sich darstellt, so kann man allenfalls die einzelnen Normen den Bausteinen vergleichen, aus denen sich der Gesammtbau, d. i. die Gesammtanschauung des Juristen zusammensetzt. Sobald man jedoch juristische Welt und wirkliche Rechtswelt identisch nimmt — und ein solches Mißverständniß liegt vielleicht nicht allzufern —, so ist damit der wahre Sachverhalt vollständig auf den Kopf gestellt. Und auch bei richtigerem Verständniß des Satzes bleibt der Vergleich in einer wichtigen Beziehung ein schiefer. „Bloßes Material" hat immer nur Werth mit Rücksicht auf das, was aus ihm gemacht werden kann. Bausteine beschafft man um des Baues willen, nicht umgekehrt. Ganz anders aber steht es mit dem Verhältniß der „Normen" zur rechtswissenschaftlichen „Gesammtanschauung". Unmittelbar praktischen Werth, d. h. Werth für das Rechtsleben haben immer nur die ersteren oder, was dasselbe besagt, die den einzelnen Normen entsprechenden Rechtsansprüche resp. Pflichten. Die Entscheidung jedes concreten Rechtsfalls *) besteht ihrem Wesen nach in nichts anderem, als in der Aufsuchung und Auslegung von Rechtsnormen, welche für die gegebenen Subjecte unter den concreten thatsächlichen Voraussetzungen maßgebend sind. Der Jurist ist daher ein schlechter Jurist, wenn er nicht im Stande ist,

---

*) Der Ausdruck „Entscheidung" begreift hier natürlich nur die materielle Entscheidung; daß in einer richterlichen oder sonstigen behördlichen Entscheidung, kurz gesagt, in der formellen Entscheidung von Rechtsfällen, insbes. auch im Civil-Urtheile, noch etwas ganz anderes steckt, nämlich eine Setzung neuer Rechtsnormen, kommt hier nicht in Betracht.

seine juristische Gesammtanschauung gerade für die Aufsuchung und Auslegung der im concreten Fall maßgebenden Normen nutzbar zu machen. Mit anderen Worten: Die juristische Gesammtanschauung hat nur insofern praktischen Werth, als sie die Masse der einzelnen innerhalb gewisser Rechtsgebiete in Geltung befindlichen Normen zu einem übersichtlichen, die eigenthümliche Bedeutung und die Beziehungen der verschiedenen Normen klar vor Augen stellenden Systeme verknüpft, das dem Kenner die leichte Auffindung und richtige Auslegung der für den concreten Fall maßgebenden Normen verbürgt. Ob etwa daneben ein rein wissenschaftlicher Werth auch einer juristischen Gesammtanschauung zugesprochen werden könnte, bei welcher der Gedanke an die „Normen" und damit an das Rechtsleben gänzlich verloren gegangen oder doch wenigstens in den Hintergrund gedrängt ist, kann ruhig dahingestellt bleiben; für meine Person erlaube ich mir auch daran zu zweifeln.

249. Mein zweites Bedenken betrifft die Parallelisirung von „subjectiven Rechten" einerseits und „Dingen" oder gar „Körpern" andererseits. Ich bin nicht bloß mit Schloßmann der Meinung, daß es eine arge Uebertreibung ist, die „Kunst des juristischen Denkens" vorzugsweise in der analogen Verwendung von Redeweisen und Denkformen zu finden, deren eigentliches Gebiet die Körperwelt ist, sondern ich halte diese Verwendung in dem speciell berührten Falle geradezu für verkehrt.

Es ist glücklicherweise — trotz Zitelmanns und Schloßmanns Behauptung — nicht wahr, daß die Juristen im Allgemeinen die subjectiven Rechte als Dinge oder auch nur

unter dem Bilde von Dingen oder gar Körpern zu denken pflegen. Selbst unter der verhältnißmäßig noch immer geringen Zahl von Anhängern der Lehre von den „subjectlosen Rechten" dürfte gar Manchem die Vorstellung des subjectiven Rechts als eines Körpers durchaus fremd sein. Zuzugeben ist dagegen wohl, daß der nicht juristisch Geschulte Rechte und Objecte von Rechten öfters gar nicht oder nicht genügend unterscheidet; aber sobald die Nothwendigkeit einer solchen Unterscheidung begriffen wird, pflegt die Auffassung des Rechts im Gegensatze zum Object desselben eine vollständig andere, als die Anschauung von einem Dinge oder Körper zu sein. Keinem, der einem Andern ein Darlehn gegeben hat, fällt es ein, seine Schuldforderung einem Körper zu vergleichen, selbst wenn er beiläufig von dem darüber ausgestellten Schuldscheine übertrieben hoch denken *sollte*. Ja, ich wage zu vermuthen, daß ein solcher Vergleich überhaupt noch Niemandem eingefallen ist, wenn er von irgend einem bestimmten, ihm zustehenden Rechts*anspruche* redete. Was hieraus für eine Theorie zu folgern ist, die, wie die meinige, Rechtsanspruch und subjectives Recht als identisch betrachtet, springt in die Augen.

Bei alledem setze ich freilich voraus, daß längst nicht überall, wo wir in juristischen Dingen gewisse *Ausdrücke* gebrauchen, die ihrer *ursprünglichen* und vielleicht auch jetzt noch hervorragendsten Bedeutung nach einem anderen Vorstellungsgebiete angehören, von einem Verwenden „fremder Denkformen" für das juristische Denken, genauer gesagt, von einem bildlichen oder fictionellen Gebrauche jener Ausdrücke gesprochen werden kann. Ein bildlicher Gebrauch

eines Wortes liegt m. E. immer nur dann vor, wenn der Redende die Vorstellung dessen, wovon der Ausdruck zunächst hergenommen ist, auch in denjenigen, an die er sich wendet, mit hervorrufen will; ein fictioneller gar nur dann, wenn damit die fremde Vorstellung für einen bestimmten Zweck an Stelle einer der Wirklichkeit entsprechenderen Vorstellung von dem zu erörternden Gegenstande gesetzt werden soll. In allen anderen Fällen hat es gar keinen Sinn und Zweck, von Verwendung fremder Denkformen zu reden; denn folgerichtig müßte man dann eine solche Verwendung in all den unzähligen Fällen behaupten, wo irgend welcher Bedeutungswechsel von Worten, also auch nur eine Verallgemeinerung, Verflachung der allerersten Bedeutung oder Anwendung stattgefunden hat.

Und die subjectiven Rechte sind doch auch wahrlich nicht die einzige Kategorie des geistigen Lebens, bei welcher die Wissenschaft von Entstehung, Veränderung und Untergang zu reden weiß. Genau ebenso sprechen wir doch auch von Entstehung, Veränderung, Vergehen der Gedanken und Gefühle, der Stimmungen, Wünsche, Hoffnungen, und so vor allem auch von Entstehung, Veränderung, Aufhebung der Pflichten, bei denen wohl noch kein Mensch daran gedacht hat, sich diese selbst als Dinge oder Körper vorzustellen. Sollte es nicht ungleich näher liegen, von dem letztberührten Sprachgebrauche auszugehen, als von der Betrachtung der äußern Natur?

Freilich würde dann über die Begriffe „Entstehung" und „Untergang" von Rechtsverhältnissen im Grunde nichts weiter zu sagen sein, als daß den eigentlichen Sinn und

Inhalt dieser Begriffe jeder denkende Mensch aus seiner inneren Erfahrung nehmen könne und müsse. Ja, selbst die Schwierigkeiten, die der Begriff der „Veränderung" bekanntermaßen der Logik bietet, dürften gerade in Beziehung auf Rechtsverhältnisse nicht nur praktisch einflußlos, sondern auch theoretisch verhältnißmäßig leicht zu erledigen sein, sofern man dasjenige in Betracht zieht, was oben (§ 188) über das Kriterium der Zugehörigkeit mehrerer Normen zu einem Rechtsverhältnisse ausgeführt ist.

Will man indeß schlechterdings — vollbewußter Weise — die Verhältnisse der Rechtswelt mit denen der Körperwelt in Parallele stellen, so bietet sich m. E. nur die Eine vernünftige Möglichkeit, die „Körper" den „Subjecten" der Rechte und Pflichten, und die Beziehungen zwischen den Körpern (resp. zwischen den Atomen) den „Rechtsverhältnissen" zu vergleichen. Irgend welchen Gewinn wird freilich auch dieser Vergleich der Rechtswissenschaft kaum eintragen.

250. Zum Dritten endlich kann ich auch der Ansicht Zitelmanns über die Analogie zwischen Rechtsgesetz und Naturgesetz nur entschieden widersprechen.

Ich möchte zunächst daran erinnern, daß die exacten Wissenschaften den Begriff „Gesetz" in einer Bedeutung brauchen, die der Auffassung des Juristen vom „Gesetz" gerade entgegengesetzt ist. „Eine leere rhetorische Phrase ist es, von Naturgesetzen so zu sprechen, als ob die bloße Formel eine magische Macht über die Erscheinungen übte und ihnen etwas zumuthete, was nicht aus ihrer Natur von selbst folgte; Gesetze können nie Grund des wirklichen

Geschehens sein, sondern nur die constante Art und Weise ausdrücken, wie reale Dinge sich verhalten" (Sigwart, Logik II, 452). Dagegen pflegt der Jurist das „Gesetz" in der That als eine Formel aufzufassen, die eine Art magischer — wenn auch nicht schlechthin zwingender — Macht über die Menschen übt und ihnen zumuthet, etwas zu thun, was nicht aus ihrer Natur von selbst folgt; ihm erscheint das Gesetz nicht als ein Ausdruck für eine constante Art und Weise, wie reale Dinge, will sagen Menschen, sich wirklich verhalten, sondern vielmehr als ein Grund oder Motiv wirklichen Geschehens, nämlich für das Handeln der Menschen.

Freilich ist diese gewöhnliche juristische Auffassung nicht unanfechtbar. Ich habe selbst mit aller Entschiedenheit darauf hingewiesen, daß das Recht nicht als etwas zuerst über den Rechtsgenossen Schwebendes, sondern seinem Wesen nach durchaus als etwas Innerliches, in ihren Gemüthern Lebendes anzusehen sei, — wenn auch dieses Innerliche, von einer gewissen Seite angesehen, den Rechtsgenossen selbst als etwas über ihnen Stehendes, als objectives Recht erscheint (s. oben § 156). Man wird daher auch unbedenklich sagen können, die Rechtsnormen, wie sie die Jurisprudenz formulirt, seien ihrem tiefsten Grunde nach der Ausdruck eines gewissen constanten geistigen Verhaltens, einer eigenthümlichen Geistesrichtung der Rechtsgenossen. Bezüglich des Gewohnheitsrechts liegt dies sogar ganz auf der Hand; und bezüglich der Rechtsnormen zweiter, dritter Ordnung läßt es sich wenigstens idealiter aussagen (s. den Excurs B im Anhang), indem auch solche schließlich nur darum wahrhaft

[illegible]

[illegible]

[illegible]

anerkennung) und Willensentschluß (in Gemäßheit der Rechtsnorm) analog seien. Nicht als ob ich solche Vermuthung für schlechthin verwerflich hielte; aber unbeweisbar ist sie sicher, und die exacte Wissenschaft wird sich darum niemals auf dieselbe einlassen. Wenn man aber fragt, ob der Begriff des Naturgesetzes für die Rechtswissenschaft nutzbar zu machen ist, so muß man sich doch offenbar an die Auffassung halten, welche die exacten Wissenschaften damit verbinden, und nicht an irgend welches, wenn auch noch so tiefsinniges Postulat, das sich günstigsten Falls mit dieser verträgt, aber von der exacten Wissenschaft vollständig ignorirt wird.

Und im Grunde ganz Aehnliches würde ich demjenigen erwidern müssen, der mich etwa darauf hinweisen wollte, daß ja auch die Welt der Natur so, wie sie uns erscheint, nur in unserer Vorstellung, also in uns existire. Zwar enthält der Begriff des Dinges und die daran sich schließende Vorstellung eines Verhaltens von Dingen zu einander ebenfalls nur ein Postulat. Aber dieses Postulat ist im Gegensatze zu dem vorher berührten ein von der Naturwissenschaft allgemein angenommenes, allen naturwissenschaftlichen Anschauungen und so auch den „Naturgesetzen", wie solche von der Wissenschaft thatsächlich aufgestellt worden sind, inhärirendes; ohne dasselbe wären Naturgesetze nur als eine Art psychologischer Gesetze denkbar. Jede Betrachtung der Naturgesetze zu dem uns hier allein interessirenden Zwecke muß also das Postulat der realen Dinge mit in Rechnung stellen.

Nun läßt sich freilich mit dem Verhalten der realen Dinge allenfalls vergleichen das Verhältniß der Subjecte

[illegible]

[illegible]

[illegible]

statirt haben, daß auf eine Thatsache, beziehungsweise auf einen Complex von Thatsachen, eine andere nothwendig folge, so ist das im eigentlichen Sinne des Worts noch kein Gesetz, sondern nur ein einzelner Satz. Das Gesetz sagt nicht bloß: „Immer wenn U ist oder gilt, gilt oder ist auch W, sondern es muß fortfahren: immer wenn sich U um eine bestimmte Differenz ändert, muß sich auch W um eine bestimmte proportionale Differenz ändern."

Nach den letzten beiden Sätzen erwartet man unwillkürlich eine Bemerkung, was im weitern Sinne als Gesetz bezeichnet werde. Dies geschieht jedoch keineswegs. Den „mehrfachen Sinn", die „Doppeldeutigkeit" des Ausdrucks „Gesetz", findet Zitelmann einzig darin, daß derselbe Ausdruck auch häufig als allgemeinste Bezeichnung für den Grund des Gesetzes d. h. für die „gesetzgebende Kraft" gebraucht werde, die man nach allgemein menschlicher Vorstellung hinter jedem Gesetze denke. Dagegen leugnet er nicht nur nicht, sondern behauptet vielmehr ausdrücklich, daß das in den aufgestellten beiden Sätzen Gesagte ganz so, wie von den Naturgesetzen, so auch von den Rechtsgesetzen gelte. Wo die Parallelisirung einmal nicht zutreffe, da habe das immer und lediglich seinen Grund darin, daß das Recht eine menschliche Schöpfung sei.

Sieht man die betreffenden Erörterungen Zitelmanns näher an, so erkennt man unschwer, daß sich derselbe in einer eigenthümlichen Selbsttäuschung befindet. Seine Intention geht dahin, einer an sich gewiß berechtigten modernen Strömung folgend, aus der weiter fortgeschrittenen Er-

kenntniß anderer Wissenschaften für die Jurisprudenz neue, fruchtbare Gesichtspunkte zu schöpfen. Aber indem er sich irreführen läßt durch die Gleichheit der Titulatur und durch eine gewisse Gleichartigkeit der logischen Formulirung, postulirt er eine tiefgreifende Analogie, wo deren Annahme nach dem dermaligen Stande der beiden bezüglichen Wissenschaften (vgl. oben § 250) mindestens voreilig ist, und — construirt sich unvermerkt das Wesen der Naturgesetze nach einem juristischen Vorbilde von Gesetzen zurecht, um erst nachträglich wieder gewisse Vorstellungen, die mit dem Begriff des Naturgesetzes meist verbunden zu werden pflegen, auf das Rechtsgebiet zu übertragen.

252. Nur durch eine Selbsttäuschung gedachter Art wird es u. a. begreiflich, wie Zitelmann zu der Vorstellung gekommen ist, daß der Unterschied zwischen „Gesetzen" und „abstracten Sätzen" in einer weiter fortgeführten Abstraction der ersteren bestehe; daher sich das Causalgesetz zum abstracten Causalsatze ganz ebenso verhalte, wie der abstracte Causalsatz zum concreten Causalsatze.

Diese Vorstellung, welche die Grundlage zahlreicher weiterer Folgerungen Zitelmanns bildet, schließt zuvörderst einen kleinen Widerspruch in sich. Wenn wirklich das „Gesetz" nur ein Satz von erhöhter Abstraction ist, also zwischen „Gesetz" und „abstractem Satz" nur eine „quantitative Verschiedenheit" besteht, so ist der Vergleich mit dem Verhältniß zwischen dem abstracten und concreten Causalsatz nicht correct. Denn zwischen den letzteren besteht in Wahrheit eine logische Verschiedenheit, wie sie zwischen mehr oder weniger abstracten Sätzen nicht besteht; der abstracte Causal-

satz stellt ein allgemeines, der concrete ein partikuläres oder singuläres Urtheil dar. Eine Verschiedenheit freilich, die der Logik auch nur eine Verschiedenheit der „Quantität“ ist, aber doch in einem andern Sinne, als die Verschiedenheit zweier allgemeiner Urtheile, von denen nur das eine abstracter ist als das andere. Es bleibt also die Frage: Was ist eigentlich die Meinung Zitelmanns? Soll dem Causalgesetze in der That nur ein höherer Grad von Abstractheit zukommen? Oder soll ihm etwas anderes eigenthümlich sein, wodurch die Differenz vom abstracten Causalsatze, die eine der Differenz zwischen allgemeinen und particulären Urtheilen ähnliche sein müßte, erst noch näher zu bestimmen wäre?

Ich kann nach dem ganzen Zusammenhange als wirkliche Meinung Zitelmanns nur das Erstere annehmen; aber gerade diese Auffassung von Causal g e s e t z e n im Gegensatze zu bloßen abstracten Causal s ä t z e n ist sicher falsch. Das Charakteristische von Causal g e s e t z e n, im Unterschied von abstracten Causal s ä t z e n, besteht gar n i c h t in einem höheren Grade der A b s t r a c t i o n, sondern vielmehr in dem denkbar höchsten Grade der B e s t i m m t h e i t, der einem Causalsatze überhaupt gegeben werden kann, — genauer gesagt darin, daß der betreffende Satz die Veränderungen der realen Dinge, die zu einander in dem Verhältniß von Ursache und Wirkung stehen, nicht bloß dem allgemeinen Charakter nach bezeichnet, sondern zugleich das M a ß der Wirkung je nach dem Maße der wirkenden Ursache mathematisch genau bestimmt. Die Formel, die Z i t e l m a n n selbst (in dem letzten der in § 251 mitgetheilten

Sätze) für Causalgesetze angiebt, liefert dafür einen ganz guten Beleg, und es muß nur auffallen, daß Zitelmann nicht schon daran die Unrichtigkeit seiner Meinung erkannt hat.

Es begreift sich nun leicht, daß die Jurisprudenz verhältnißmäßig wenige Sätze kennt, die auch nur ihrer logischen Form nach Causalgesetzen im strengen Sinne des Wortes sich vergleichen lassen. Allenfalls kann man hierher Sätze rechnen, wie etwa den folgenden, auf rein positiver Bestimmung beruhenden: Wenn der Käufer binnen bestimmter Frist den Kaufpreis nicht zahlt, so ist er zur Leistung von Verzugszinsen zu 5 Procent jährlich verpflichtet. Keineswegs dagegen verdient das von Zitelmann angeführte „Rechtsgesetz allgemeiner Art", daß „ein Vertrag diejenige Rechtswirkung habe, welche von den Parteien übereinstimmend beabsichtigt ist", als Beispiel angeführt zu werden; schon darum nicht, weil es in dieser Allgemeinheit sicherlich falsch ist, die Rechtswirkung eines Vertrags — das kann in Zitelmanns Sinne nur heißen: die vom Privatrechte eines Staates bestimmte Rechtswirkung desselben — der von den Parteien beabsichtigten Rechtswirkung constant gleichzusetzen. Gar nicht davon zu reden, daß durchaus nicht alle wirklichen Rechtswirkungen, die den von den Parteien beabsichtigten Rechtswirkungen gleich sind, die übereinstimmende Parteiabsicht zur Ursache haben; bei Verträgen z. B., die nicht durch Willensübereinstimmung in ihrer Rechtswirkung wieder aufgehoben werden können, liegt offenbar die Ursache der fortdauernden Rechtswirkung — oder sagen wir lieber: der zureichende Grund der fortdauernden Rechts-

folge *) — auch da nicht in der Parteienübereinstimmung, wo diese Parteiabsicht der wahren Rechtswirkung entspricht.

Aehnliche Mängel werden sich aber fast bei allen juristischen Sätzen allgemeiner Art aufzeigen lassen. So könnte man ja geneigt sein, den Versuch zu machen, ob nicht das Verhältniß von Verbrechen und Strafe in einem Satze auszudrücken ist, der die formellen Anforderungen, welche die Logik an ein Causalgesetz stellt, erfüllt. Daß hier in der That ein Causalzusammenhang oder wenigstens irgendwelches Verhältniß von Grund und Folge vorliegt, scheint auf der Hand zu liegen. Noch mehr: auch eine Formel für das constante Verhältniß von Rechtsgrund und Rechtsfolge läßt sich aufstellen; man kann unbedenklich sagen: die Größe der vom Recht geforderten Strafe wächst in dem gleichen Maße, wie die Schwere des Verbrechens. Schade nur, daß zu jener völligen Bestimmtheit, wie sie für ein Causalgesetz erforderlich ist, feste und vergleichbare Maße nöthig wären, nach denen wir einerseits die Schwere der Verbrechen, andererseits die Größe der Strafen zu messen vermöchten! Hat es auch an einem Maßstabe für die Größe der Strafen keinem Rechte völlig gefehlt, so bleibt doch unausfüllbar der Mangel eines Maßstabes für die Schwere der Verbrechen, der es in alle Ewigkeit unmöglich machen muß, auch nur einem einzigen Strafrechtssatz die Bestimmtheit eines Causalgesetzes im Sinne der exacten Wissenschaft zu geben.

---

*) Um welche Art von „Grund und Folge“ es sich in Wahrheit handelt, kann hier dahingestellt bleiben; es genügt die Bemerkung, daß von einem Verhältnisse von Ursache und Wirkung im exactwissenschaftlichen Sinne nicht die Rede sein kann.

Eine leichte weitere Ueberlegung führt zu dem Resultate, daß „Rechtsgesetze" überhaupt höchstens dann die logische Bestimmtheit von Causalgesetzen haben, wenn nicht nur die Setzung der Rechtsfolge durch den Rechtssatz, sondern auch die Setzung des Rechtsgrundes in allen einzelnen Fällen von willkürlicher menschlicher Bestimmung abhängt. Je mehr dagegen die Forderungen des Rechts aus der Tiefe des menschlichen Gemüths herauswachsen, und je weniger die Bedingungen, unter denen jene Forderungen Geltung haben sollen, auf rein willkürliche Acte zurückzuführen sind, um so gewisser geht den betreffenden Rechtssätzen der eigenthümliche logisch-mathematische Charakter von Causalgesetzen ab. Erwägt man nun, daß auf der andern Seite die Aufsuchung von Causalgesetzen mit gutem Grunde das letzte und höchste Ziel der Naturwissenschaft bildet, die darin für ihr Theil das Wesen der realen Dinge selbst erblicken darf, so offenbart sich hier abermals ein tiefer und nothwendiger Gegensatz zwischen Naturgesetz und Rechtsgesetz. Wo das letztere wirklich seinem logischen Charakter nach mit einem Causalgesetze im naturwissenschaftlichen Sinne in Parallele gestellt werden könnte, da bedarf es wenig oder gar keiner wissenschaftlichen Arbeit, um das geltende Gesetz zu entdecken; und dem entsprechend ist auch der wissenschaftliche Werth der Auffindung nur ein minimaler. Ueberall hingegen, wo die Wissenschaft das Wesen des Rechts oder m. a. W. das Wesen jenes geistigen Verhaltens, welches das constituirende Moment alles Rechts im juristischen Sinne ausmacht, zu ergründen sich bemüht, da spottet der Gegenstand jedes Gedankens, Resultate nach Analogie von

wahren Causalgesetzen erstreben zu wollen. Nach alledem aber erscheint es überhaupt als völlig nutzlos und irreführend, die Unterscheidung von abstracten (allgemeinen) Sätzen und Gesetzen im naturwissenschaftlich-philosophischen Sinne in das Rechtsgebiet einführen zu wollen, zumal hier dem Worte „Gesetz" selbst schon eine specifische Bedeutung zukommt.

253. Zitelmann hat ferner gänzlich übersehen, daß die Naturwissenschaft neben denjenigen Naturgesetzen, die in der That Causalgesetze sind, auch eine Reihe anderer allgemeiner Sätze kennt, die den ersteren nicht etwa wie „abstracte Sätze" den „Gesetzen" gegenüberstehen, sondern vielmehr einen Gesetzescharakter insofern ebenfalls haben, als ihnen die gleiche logische Bestimmtheit eignet, mit der sie entweder eine gewisse Thatsache beschreiben, oder zwar die proportionalen Veränderungen eines Dinges im Verhältniß zu denen eines andern ausdrücken, jedoch ohne daß die einen als Ursache der anderen bezeichnet werden könnten. Und gerade dieses völlige Uebersehen der sogen. bloß empirischen Gesetze ist für ihn besonders verhängnißvoll geworden. Ausgehend nämlich von der an sich richtigen Beobachtung, daß der normale Ausdruck für die wissenschaftlich werthvollste Art von Naturgesetzen, d. h. für diejenigen, welche Causalgesetze sind, das hypothetische Urtheil zu sein pflegt, hat er sich verleiten lassen, diese Anschauung auf alles, was die Naturwissenschaft als Gesetze betrachtet, zu übertragen und so die zweifache Voraussetzung zu machen:

1) daß allen Naturgesetzen die Form des hypothetischen Urtheils zukomme;
2) daß jedes hypothetische Urtheil in Vordersatz und Nachsatz ein Verhältniß von Ursache und Wirkung ausdrücke.

Beide Voraussetzungen sind unrichtige. Auch Zitelmann selbst wird schwerlich daran denken, beispielsweise den berühmten Kepler'schen Gesetzen der Planetenbewegung den Titel von Naturgesetzen zu versagen. Und doch ist das erste derselben ein rein kategorisches Urtheil, gleichviel ob man den Satz, daß die Bahn der Planeten um die Sonne eine Ellipse sei, als eine bloße Beschreibung der Bahnen der bereits beobachteten Planeten durch eine mathematische Formel, oder als ein zeitlich und generell allgemeines Urtheil über alles, was Planet ist, betrachten will. Und ebenso gewiß drückt das „Wenn" in dem Gesetz des freien Falls der Körper („wenn ein Körper frei fällt, beschreibt er Räume, die den Quadraten der Zeit proportional sind") oder in dem Erfahrungssatze, „daß Körper zu Boden fallen, wenn sie losgelassen werden", „keinerlei causale Nothwendigkeit aus". In dem einen ist überhaupt nicht von einer Folge zweier Vorgänge die Rede, sondern nur von der Art und Weise, wie der Fall sich vollzieht; in dem andern erscheint freilich das Fallen als ein dem Loslassen nachfolgender Vorgang; aber darum „sieht doch Niemand das Loslassen als wirkende Ursache des Falls an". (Sigwart, Logik II, 446ff. 449f.)

Allerdings könnte man zur Rettung der ersten Zitelmann'schen Voraussetzung geltend machen, daß alle die Natur-

gesetze, welche sich in der Gestalt kategorischer Urtheile darstellen, nur dann völlig zutreffen, wenn zugleich vorausgesetzt wird, daß nicht irgend welche bei der Aufstellung des Gesetzes außer Rechnung gesetzte Factoren eine Abweichung bedingen. Man könnte mithin sagen: obgleich das Gesetz, so wie es formulirt zu werden pflegt, als rein kategorisches Urtheil auftrete, so habe es doch nur wahre Gültigkeit, soweit zugleich jene stillschweigend hinzugedachte negative Bedingung erfüllt sei. Allein wollte man daraus weiter schließen, in Wahrheit lägen in allen solchen Fällen hypothetische Urtheile vor, so würde fortan auf dem Gebiete aller Erfahrungswissenschaften von allgemeinen kategorischen Urtheilen überhaupt kaum noch die Rede sein können, und überdies würde bei allen Urtheilen, die wir hypothetische nennen, eine doppelte Hypothesis angenommen werden müssen, da letztere ohne die stillschweigend hinzugedachte negative Bedingung ebenso wenig Gültigkeit hätten wie jene. Es handelt sich also schließlich um einen Wortstreit. Glaubt man, wie dies die bisherige Logik m. E. mit Fug und Recht gethan hat, bei Sätzen wie dem ersten Kepler'schen Gesetze und unzähligen ähnlichen Fällen von einer Betonung der allgemeinen negativen Bedingung abstrahiren zu dürfen — eben weil diese eine im Grunde bei allen Urtheilen wiederkehrende Voraussetzung ist —, so bleibt es dabei, daß in jenen Fällen kategorische Urtheile vorliegen. Glaubt man dagegen auch in allen solchen Fällen von hypothetischen Urtheilen reden zu müssen, so müßte man consequenter Weise überall da, wo der gewöhnliche Sprachgebrauch und die bisherige Logik von hypothetischen Urtheilen redet, von

Urtheilen mit einer zwiefachen — einer stillschweigenden und einer ausdrücklichen — Hypothesis sprechen. Uebrigens würde im letzteren Falle die Unrichtigkeit der zweiten Voraussetzung Zitelmanns nur um so eclatanter hervortreten. Denn die stillschweigend hinzugedachte negative Bedingung — die Abwesenheit von allen denkbaren Einflüssen aller nicht in Rechnung gesetzter Factoren — ist für sich allein niemals der Grund der Gültigkeit des kategorisch formulirten Gesetzes.

Es liegt nun die Vermuthung nahe, daß den soeben kritisirten beiden Voraussetzungen Zitelmanns auch ein analoger Irrthum in seinen juristischen Anschauungen entspricht. Und in der That scheint mir — entgegen der Meinung Zitelmanns — zweifellos zu sein, daß es sowohl zahlreiche Rechtsnormen von einfach kategorischer Form giebt, als auch zahlreiche andere, die zwar in hypothetischer Form auftreten, aber ohne mit dem „Wenn" eine causale oder auch nur quasi-causale Nothwendigkeit auszudrücken. Zu der erstern Kategorie gehört vor allem eine Fülle von Verboten. Die Norm „Du sollst nicht tödten" ist offenbar rein kategorischer Art. Jedenfalls ist sie es nicht weniger als das oben angeführte erste Kepler'sche Gesetz. Freilich versteht sich von selbst, daß auch diese Norm als Rechtsnorm immer nur Gültigkeit für ein bestimmtes Rechtsgebiet oder m. a. W. für die Rechtsgenossen im weitesten Sinne des Wortes hat. Und auch innerhalb dieser allgemeinsten Grenze gilt sie nicht ohne Ausnahme, so daß ihr in Gedanken stets die Clausel angehängt werden kann: Sofern nicht das (betreffende) Recht unter gewissen besonderen Verhältnissen das

Gegentheil fordert oder erlaubt! Allein um dieser negativen Bedingung willen die gedachte Norm hypothetisch zu nennen, ist ebensowenig Anlaß vorhanden, wie in den vorher erörterten Fällen, und soll es dennoch geschehen, so muß man consequenter Weise auch hier den Titel der gewöhnlichen hypothetischen Normen umändern, indem man sie als zwiefach hypothetische bezeichnet. Und nicht minder klar ist, daß alle solche negative Bedingungen, auch wo sie wirklich als Vordersatz eines hypothetischen Urtheils auftreten, nicht als wirkende Ursachen aufgefaßt oder auch nur solchen verglichen werden können. Es ist aber auch kein Mangel an Rechtssätzen von der Form „wenn — so —", in denen die Hypothesis positiv lautet und augenscheinlich in gar keinem causalen oder quasi-causalen Verhältniß zur Thesis steht; es würde sehr leicht sein, aus manchen Staatsgesetzen, z. B. aus dem Deutschen Strafgesetzbuch, sogleich eine ganze Reihe solcher Rechtssätze aufzuzählen.

254. Doch ich gehe lieber sogleich noch einen Schritt weiter. Ich wage zu behaupten: gar keine Rechtsnorm stellt ein wahres hypothetisches Urtheil dar. Und zwar behaupte ich dies einfach darum, weil m. E. überhaupt keine Rechtsnorm ein wahres Urtheil darstellt. Rechtsnormen — nicht zu verwechseln mit wissenschaftlichen Lehrsätzen über oder auf Grund von Rechtsnormen — sind und bleiben Imperative, und eben darum können sie nicht für Urtheile im eigentlichen Sinne des Worts gelten. So führt uns die Schlußbetrachtung dieses Buchs zurück zum Ausgangspunkte desselben und giebt uns zugleich Gelegenheit, die im ersten Abschnitte dargelegte Grund-

voraussetzung unserer Theorie noch etwas tiefer zu fassen, namentlich nach ihrer logischen Bedeutung.

255. Zitelmann freilich wird den soeben gemachten Einwurf als einen im voraus widerlegten betrachten. Hat er ihn doch sich bereits selbst gemacht und den Gegenbeweis zu anticipiren versucht. Aber gerade die Gründe, die diesen Gegenbeweis bilden sollen, bestärken mich in der Ueberzeugung von der Richtigkeit des Einwurfs.

Zitelmann schreibt S. 222 f. wörtlich:

„Der wahre Imperativ enthält ‚ein individuelles *und* unübertragbares Moment', ist kein Urtheil und gehört deshalb gar nicht in die Logik; darum kann ein Imperativ auch nie Glied eines hypothetischen Urtheils sein, weil in einem solchen eine Beziehung zwischen zwei Urtheilen ausgesagt wird. Rechtsnormen nun können ihrem Wesen nach niemals Imperative sein, schon um deshalb nicht, weil sie allgemein gelten wollen. Nur ein zufälliges Zusammentreffen im Sprachgebrauch konnte darüber täuschen, daß die Rechtsnorm stets ein Urtheil, nie ein Imperativ ist: man drückt nämlich (incorrecter Weise) den Imperativ auch in der Form des Urtheils aus. ‚Tödte nicht!' ist ein Imperativ; ‚Du sollst nicht tödten' ist ein Urtheil, ‚Du' ist Subject, ‚sollst' u. s. w. ist Copula und Prädicat, und dieses Urtheil ist eine Aussage über eine bereits vorliegende Beziehung. Man kann sich von dem hier behaupteten Unterschied, der für alles Weitere grundlegend ist, durch eine einfache Probe überzeugen. Man kann einem Andern sagen: ‚Du sollst nicht . . . .' und würde sehr mißverstanden sein, wenn interpretirt würde: ‚Ich will,

daß du nicht . . . . .'; im Gegentheil, ich will vielleicht gerade, daß der Andere die Handlung begehe, und theile ihm nur mit, daß er sie zu unterlassen verpflichtet sei."

„Jede Rechtsnorm läßt sich denn in der Form ausdrücken: ‚Du bist verpflichtet . . .', wohingegen der wahre Imperativ niemals durch diese Wendung vertreten werden kann."

„Jede Rechtsnorm ist demnach ein Urtheil, und nur das Eigenthümliche hat dieses Urtheil, daß die Synthese der Begriffe in ihm bloß deshalb gültig ist, weil der Gesetzgeber es will: der Gesetzgeber hatte die Macht, durch seinen Willen dem Subject (Du) ein Prädicat (Verpflichtetsein) beizulegen, das dem Subject vorher nicht zukam; in dem Aussprechen der Norm vollzieht mithin der Gesetzgeber zu gleicher Zeit die Verknüpfung der Thatsachen in Wirklichkeit, welche er zugleich im Urtheil als verknüpft ausspricht."

Diese ganze Argumentation beruht auf einer augenscheinlichen Verwechselung der Rechtsnormen selbst mit rechtswissenschaftlichen Sätzen, d. h. mit Urtheilen, die auf die schon vorausgesetzte Geltung der Rechtsnormen gegründet werden; eine Verwechselung, die um so verhängnißvoller ist, als sie nach Zitelmanns eigener Erklärung für seine ganze Theorie vom Rechte „grundlegend" geworden ist, und andererseits um so seltsamer erscheint, als wir oben (S. 259) die Behauptung Zitelmanns zu verzeichnen hatten, daß die Rechtsnormen bloß als die erste Form des empirischen Auftretens des Rechts zu betrachten seien.

Gehen wir indessen auf die einzelnen Bemerkungen Zitelmanns näher ein.

256. Da der erste der im § 255 citirten Sätze ausdrücklich an eine Bemerkung Sigwarts (Logik I, 17) sich anschließt, so verstatte ich mir zuvörderst die Aeußerung des Letzteren darüber, was allein Gegenstand des Urtheils und demgemäß der Logik sei, vollständig hierher zu setzen.

> „Es genügt zunächst", sagt Sigwart, „sich an die Sprache zu halten und als Object der Untersuchung alle diejenigen Sätze auszusondern, die eine Aussage enthalten, welche den Anspruch macht wahr zu sein und von anderen als gültig anerkannt und geglaubt zu werden, über deren Wahrheit oder Falschheit also eine Entscheidung getroffen werden kann oder soll. Damit fallen von den Sätzen, welche die Grammatik aufführt, alle diejenigen weg, die, wie Imperative oder Optative, ein individuelles und unübertragbares Moment enthalten, und ebenso alle, die zwar auf eine Behauptung hinweisen, aber dieselbe nicht als wahr aufstellen, wie die Fragesätze oder diejenigen, welche nur eine Vermuthung oder subjective Ansicht ausdrücken. Alle wirklichen Aussage- oder Behauptungssätze aber sind Gegenstand unserer Untersuchung (d. h. der Logik überhaupt), mögen sie betreffen, was sie wollen."

Ich acceptire vollständig den Grundgedanken Sigwarts, daß nur Aussage- oder Behauptungssätze, oder m. a. W. solche, nach deren Wahrheit oder Falschheit gefragt werden kann, den Titel eines Urtheils verdienen.

Dagegen kann ich der von Sigwart angenommenen Be-

schränkung der Logik auf Urtheile nicht so ohne Weiteres zustimmen. Schon die Ausschliessung der Fragesätze und noch mehr der Vermuthungen erscheint mir bedenklich. Nicht als wenn ich bezweifelte, daß die logischen Axiome vollständig und am klarsten bei Betrachtung von Urtheilen sich eruiren und resp. darstellen lassen, wohl aber weil ich annehmen möchte, daß der Nachweis, wie die Axiome auch für jene Formen oder Arten zu denken Gültigkeit haben, von allgemeinerem logischen Interesse sein muß.

In weit erhöhtem Maße aber gilt das Letztere von den Imperativen. Freilich, wenn Sigwart Recht hätte mit der Behauptung, daß Imperative stets ein individuelles und unübertragbares Moment enthielten, so würde eine solche hervorragende Bedeutung für die Logik, wie sie bisher ohnehin fast immer ignorirt worden, auch in keiner Weise zu begründen sein. Allein jene Behauptung ist m. E. unbegründet. Sie wird nur begreiflich entweder durch eine unvollständige Induction auf Grund der ersten (kurzen) Imperativform oder durch eine willkürliche Ausschließung der zweiten (längeren) Imperativform. Welcher dieser beiden Fälle bei Sigwart selbst vorliegt, ist schwer zu sagen. Jedoch kann ich für jetzt noch nicht daran glauben, daß er die Manier, wie Zitelmann die zweite Imperativform als solche völlig aus der Welt zu schaffen versucht hat, einfach billigen sollte.

Es ist ja gewiß richtig, daß die erste (kurze) Imperativform regelmäßig gebraucht wird, wo dem Befehl oder Gebote ein individuelles, unübertragbares Moment eignet. Aber schon der Schluß, daß überall, wo diese Form ge-

braucht werde, ein solches individuelles, unübertragbares Moment vorhanden sei, ist zweifellos falsch. Beispielsweise erscheinen nach Luthers Bibelübersetzung das dritte, neunte und zehnte Gebot des Dekalogs in dieser Imperativform „Gedenke des Sabbathtages, daß du ihn heiligest!“ — „Laß dich nicht gelüsten deines Nächsten Hauses!“ — „Laß dich nicht gelüsten deines Nächsten Weibes!“ u. s. w.

Es ist ferner richtig, daß ein Satz, der mit „Du sollst“ beginnt, nicht bloß grammatisch eine Verbindung von Subject und Prädicat darstellt, sondern auch logisch die Bedeutung eines wahren Urtheils haben kann, genauer gesagt, da wirklich hat, wo das Wort „sollen“ als ein selbstständiges Verbum in der Bedeutung von „verpflichtet sein“ gebraucht wird. Und schlechthin undenkbar ist es dann allerdings nicht, daß in einem einzelnen Falle neben der Belehrung über ein solches Verpflichtetsein ein entgegengesetzter Wunsch des Belehrenden einhergeht. Zu behaupten jedoch, daß das Wort „sollen“ immer oder auch nur meistens in dem gedachten Sinne (= verpflichtet sein) gebraucht werde, heißt einfach der Grammatik und dem sich in der Sprache offenbarenden unbefangenen Gefühle in's Gesicht schlagen. Die Sprache ist im Großen und Ganzen ein sehr sicherer Führer in logischen Dingen, und es ist immer bedenklich, eine thatsächlich bestehende Sprachform, wie es die längere Imperativform ist, geradezu in Gegensatz zu dem zu setzen, womit sie der Grammatik nach aufs engste zusammengehört. Nun differiren freilich die bekanntesten modernen Sprachen gerade bezüglich der Imperativformen in ziemlich auffälliger Weise. Sie besitzen fast alle

nur eine fragmentarische Imperativbildung und bedienen sich zur Ausfüllung der Lücken bald anderer Modi, namentlich des Conjunctivs und des Indicativus futuri, bald einer Umstellung der Satztheile, bald eines Hülfszeitworts. Daß darum aber die moderne Art, zu denken, eine wesentlich andere sein sollte, als etwa die der Griechen und Römer mit ihren entwickelteren Imperativformen (neben denen übrigens auch sie öfters eine oder die andere der genannten Ersatzformen gebrauchen), — daß speciell wir Deutsche heute als Urtheile denken sollten, was die Völker des classischen Alterthums als Imperative und darum Nicht-Urtheile dachten, wird doch wohl Niemand behaupten wollen. Und giebt man einmal so viel zu, so folgt ganz von selbst, daß in allen Fällen, wo das „Du sollst" oder „es soll" u. s. w. Uebersetzung eines ächten griechischen oder lateinischen Imperativs ist, resp. umgekehrt bei einer Uebersetzung ins Griechische oder Lateinische durch einen Imperativ übersetzt werden könnte, von einer Identität von Sollen und Verpflichtet*sein* und mithin von einem wahren Urtheile *nicht* die Rede sein kann.

Eher läßt sich eine andere Schlußfolgerung aus der mannigfachen Art der Imperativbildung in unseren neueren Sprachen ziehen: die sehr triviale Lehre nämlich, daß in zahlreichen Fällen, wo keine specifisch imperativische Verbalform gebraucht wird, allein der Zusammenhang ergeben kann, ob ein Satz Urtheil oder Imperativ ist. Es ist also in allen solchen Fällen *die* Frage zu stellen, deren Bejahung — nach dem von Sigwart selbst hierüber Gesagten — das charakteristische Kennzeichen des Urtheils im

Gegensatze zu allen anderen Arten von Sätzen bildet: Wird in dem betreffenden Satze etwas als wahr behauptet oder verneint? Die Antwort aber kann offenbar nur erfolgen aus dem Geiste dessen heraus, der den Satz aufgestellt hat. Wenn der Redende gar nicht die Absicht hat, etwas als wahr zu behaupten oder zu verneinen, so kann auch nicht von einem Urtheile desselben gesprochen werden. Positiv ausgedrückt: Wenn der Redende eine Anordnung ertheilen, einen Befehl aussprechen, mit einem Wort: eine Forderung an den Willen Jemandes aufstellen will, so liegt zweifellos ein Imperativ vor und ist der betreffende Satz zunächst nur als solcher aufzufassen.

Hiermit ist aber auch zugleich der eigentliche Kern des Unterschieds von Urtheil und Imperativ angedeutet. Das Urtheil ist immer Ausdruck einer Ueberzeugung, eines Wissens von etwas, der Imperativ ist dagegen Ausdruck eines Wollens, einer Zwecksetzung und zwar mit der Maßgabe, daß der Wollende (oder als wollend Gedachte) sich nicht selbst, sondern einem Andern den Zweck setzt, d. h. diesen Andern zur Aneignung desselben zu bestimmen sucht. Freilich kann auch ein Wollen seinen sprachlichen Ausdruck nur in der Gestalt finden, in welcher es dem Wollenden selbst zum Bewußtsein kommt und darum zugleich nur als Ausdruck dieses Bewußtseins. Und sofern der Wollende nicht nur den Willensinhalt, sondern zugleich sich selbst als wollend denkt, ist der Ausdruck dieses Bewußtseins, oder m. a. W. der Satz: „ich will —" stets ein Urtheil. Allein der Imperativ bildet in jedem Satze: „ich will, du sollst —" (oder: „ich will, daß du —") nur das Object zu dem Prädicate

„will“, und wo er selbständig auftritt, ist das „ich will“ (oder: „der und der — will“ u. s. w.) stillschweigend hinzuzudenken. Er drückt also nur den Willensinhalt aus. Und eben darum kann zwar sehr wohl gefragt werden, ob es wahr sei, daß Jemand dasjenige wolle, was Inhalt eines Imperativs sei; niemals aber, ob dieser Imperativ selbst wahr sei. Bezüglich des Imperativs selbst kann die Frage nur sein: Entspricht derselbe dem Willen des Subjects, das ihn ausspricht oder als ihn aussprechend gedacht wird?

257. Treten wir nun auf Grund der letzteren Erörterungen zunächst wiederum an unsere specielle Frage, an die Frage nach der logischen Natur der Rechtsnormen heran, so muß ich ehrlich bekennen, daß mir die Zitelmannsche Deduction nahezu unbegreiflich erscheint. Nach Zitelmann ist eine Rechtsnorm — d. h. nicht etwa ein Satz, den die Wissenschaft auf Grund des geltenden Rechts formulirt hat, sondern ein Rechtssatz, wie ihn z. B. direct der Gesetzgeber aufstellt — nicht Ausdruck dafür, daß der Gesetzgeber das und das wolle, sondern vielmehr „eine Aussage über eine bereits vorliegende Beziehung“, genauer eine Belehrung, die der Gesetzgeber — möglicherweise sogar entgegen seinen wahren Wünschen — darüber ertheilt, was unter einer gewissen Voraussetzung Pflicht sei. Also es ist durchaus incorrect, wenn unsere Gesetzgebung sich selbst als ein „Verordnen“ und nicht vielmehr als ein „Behaupten, Aussagen, Lehren“ charakterisirt! Es war schnödester Irrthum, wenn alle Welt bisher in Gesetzen in erster Linie den Willen

des Gesetzgebers erblickte und nicht vielmehr seine Ansicht über „bereits vorliegende Beziehungen“!

Aber freilich wußte man bisher auch noch nicht, daß es Urtheile im Sinne der Logik gebe, die schon darum allein gültig, d. h. wahr sind, — weil der Urtheilende dies will; man wußte auch noch nicht, daß man bisweilen über eine Verknüpfung von Thatsachen als über eine bereits vorhandene urtheilen darf, — bevor sie noch zu Stande gekommen ist.

Ich wiederhole: es ist mir nahezu unverständlich, daß Zitelmann nicht selbst vor dergleichen Ungeheuerlichkeiten zurückgeschreckt und gerade durch dieselben auf die richtige Bahn, nämlich zur Unterscheidung der Vorstellung des Willensinhalts einerseits und der ganzen Vorstellung von dem eigenen Willen andererseits gebracht worden ist. Jedenfalls verschwinden all' diese Ungeheuerlichkeiten mit einem Schlage, sobald man alle einzelnen Rechtssätze, die den Inhalt eines Gesetzes (im Gegensatze zum Gesetzesbefehl) bilden, nach der im Schlußabsatze des § 256 gegebenen Anleitung als bloßes Object zu einem dem Gesetzgeber als Prädicat zukommenden „Wollen“ oder, um mit der Sprache unserer Gesetze selbst zu reden, zu dem „Wir verordnen“ in den Eingangsworten auffaßt. Von einer Wahrheit der einzelnen Rechtsnormen zu reden, die den Inhalt des Gesetzes bilden, ist hiernach genau ebenso Nonsens, wie wenn man den Inhalt irgend eines anderen Willensentschlusses als wahr oder unwahr bezeichnen wollte. Und sicherlich hat auch noch niemals ein Gesetzgeber daran gedacht, daß die Bedeutung der

von ihm ausgehenden Normen in ihrer Wahrheit beruhe und daß er die eigenthümliche Kraft besitze, Sätze durch seinen Willen wahr zu machen, die im Munde eines Andern unwahr wären. Andererseits liegt freilich in jedem Gesetze als Ganzem zugleich ein Urtheil im Sinne der Logik vor, in welchem der Gesetzgeber selbst als das Subject („Wir"), und das „verordnen" mit Allem, was nachfolgt, als Prädicat erscheint. Aber die Gültigkeit dieses Urtheils als Urtheils, m. a. W. seine Wahrheit beruht, wie die eines jeden Urtheils, einfach auf der logischen Uebereinstimmung von Subject und Prädicat d. h. im vorliegenden Falle einzig darauf, daß das behauptete Verordnen (oder Wollen) der wirklichen Intention des Gesetzgebers resp. der verschiedenen bei der Gesetzgebung zusammenwirkenden Factoren entspricht. Und was das Wichtigste ist, die Bedeutung dessen, was dieses Urtheil ausdrückt, ist damit, daß es „Urtheil" ist, nicht erschöpft. Gleichwie der Satz „ich will", welcher einen einfachen individuellen Willensentschluß ausdrücken soll*), nicht bloß als Urtheil ange-

*) Der Vergleich der Anerkennung von Gemeinschaftsnormen mit individueller Willensbestimmung zu eigenem Handeln liegt ebenso nahe wie der Unterschied. Bei der letzteren ist sowohl die allererste Zweckanerkennung, die Zwecksetzung, als die fortgesetzte Anerkennung, das Festhalten des Zweckes, da nur in Einem Subjecte auftretend und nur auf dieses Eine bezüglich, auch nur in einfacher Form denkbar. Die erstere dagegen zerlegt sich stets in zwei Acte, resp. zwei Arten des geistigen Verhaltens. So zunächst — falls überhaupt der Anfang bemerkbar ist — in die Setzung des Zwecks (der Norm) für die Anderen und die Aneignung des Zwecks seitens dieser; beide Acte aber erscheinen nur als Anfangspunkte einerseits desjenigen

sehen werden darf, sondern überdies einen eigenthümlichen Vorgang des Geisteslebens andeutet, „den nicht weiter beschreibbaren Act nämlich, durch den ich ein Gedachtes in Beziehung zu mir setze, indem ich es zum Gegenstand meines Wollens mache, dadurch mir selbst eine bestimmte Richtung gebe, mich mit einem bestimmten Inhalt erfülle" (Sigwart, Kleine Schriften II, 123), so liegt auch in jedem „ich will, daß Du —", und was wesentlich dasselbe besagt, in jedem „wir verordnen — das und das", nach der Intention des Aussagenden mehr, ja unendlich viel mehr, als eine bloße Aussage über das Wollen des aussagenden Subjects. Nicht bloß zum Ausdruck bringt der Gesetzgeber, daß er denen, zu welchen er sich wendet, Zwecke setze, Forderungen stelle, oder wie man es sonst nennen mag, und nicht bloß die Anerkennung verlangt er von jenen, daß er das Gesagte wirklich und wahrhaft wolle, sondern seine Hauptintention geht vielmehr dahin, und muß dahin gehen, daß er durch seine Worte den Angeredeten selbst eine bestimmte geistige Richtung giebt oder m. a. W. daß diese die im Gesetze ihnen gesetzten Zwecke als ihre — allerdings durch ihre Stellung als Gemeinschaftsgenossen bedingten — Zwecke anerkennen und verfolgen. Oder um noch mit einer andern Wendung das Gleiche auszudrücken: Zur Gültigkeit

---

Verhaltens, das wir als Anspruch charakterisirt haben, andererseits des Verpflichtetseins. Uebrigens trifft der Vergleich bez. der Unterschied ebensowohl für die directe Anerkennung von Normen oder Zwecken, wie für die indirecte zu, wenn auch im Texte nur von einem Falle der indirecten die Rede ist. Vgl. überdies Excurs B im Anhang.

eines Gesetzes als Gesetz (im juristischen Sinne) gehört zwar in der Regel auch, daß das in dem Satze: „Wir — verordnen — das und das" ausgesprochene Urtheil als Urtheil gültig d. h. wahr ist*), aber noch in viel höherem Grade kommt es darauf an, daß damit zugleich den das Object dieses Satzes bildenden Normen ihre specifische Wirksamkeit, d. h. ihre Anerkennung seitens derer, an welche sich das Gesetz richtet, verbürgt ist.

258. Wie dies Letztere allein möglich ist — nämlich durch die bereits vorhandene Anerkennung einer allgemeineren Norm oder Zwecksetzung, aus welcher für die Anerkennenden die logische Nöthigung folgt, alle darunter subordinirten oder auch nur subsumirbaren Normen ebenfalls anzuerkennen, ist schon Gegenstand des ersten Buchs dieses Werks gewesen, und habe ich den dort geführten Untersuchungen z. B. nichts Wesentliches hinzuzufügen, sondern nur bei dieser Gelegenheit auf den Excurs B im Anhang, welcher einen inzwischen erfolgten Angriff abzuwehren unternimmt, aufmerksam zu machen.

Auch von einer weitern Untersuchung darüber, wie die bereits vorhandene Anerkennung jener allgemeineren Rechts-

*) In der Regel; nicht immer und unbedingt. Aus der allgemeinen Regel folgt insbesondere, daß — wo nicht die grundlegenden Verfassungsbestimmungen dies als irrelevant behandelt wissen wollen (wie z. B. die Preußische V.-U. von 1850) — die in den Einleitungsworten des Gesetzes aufgeführte Zustimmung des betr. Parlaments der Wahrheit entsprechen muß. Auch wer mit Laband aus der „Ausfertigung der Gesetze" eine praesumtio juris et de jure für die in den Einleitungsworten angeführte Zustimmung ableitet, wird jene Regel an sich zugeben und jene Präsumtion wie jede Rechtsvoraussetzung auf eine positive Rechtsvorschrift, in diesem Falle auf eine mindestens sachlich dahin gehende Verfassungsbestimmung zurückführen müssen.

normen, oder wie überhaupt eine directe Anerkennung von Rechtsnormen zu Stande kommt, darf für jetzt abgesehen und auf die früheren Ausführungen bez. auf den soeben erwähnten Excurs verwiesen werden.

Dagegen erheischen zum Schluß noch zwei Fragen *eine* Erörterung auf Grund des vorher gewonnenen Resultats über das Verhältniß von Normen und Urtheilen:

1) Welche Bedeutung hat speciell die hypothetische Form in ihrer Anwendung auf Normen?
2) In welchem Sinne kommt den logischen Grund*sätzen* über Schlüsse, auch wenn sie zunächst für Schlüsse aus Urtheilen aufgestellt erscheinen, zugleich Geltung für das Verhältniß der Normen unter einander zu?

259. Will man den Ausdruck „hypothetische Norm" nicht in dem vagen Sinne gebrauchen, daß darunter *einfach* alle Normen von der Form „Wenn dies und dies ist, so soll das und das geschehen" verstanden werden, mithin auch solche, in denen das „Wenn" eine rein temporale Bedeutung hat, will man den Ausdruck vielmehr zu einem technischen erheben, der als wahres Analogon zu dem logisch-technischen Begriff des hypothetischen Urtheils zu betrachten ist, so ist eine hypothetische Norm schlechterdings nur so zu denken, daß in ihr ein analoges Verhältniß von Grund und Folge sich darstellt, wie ein solches nach allgemeiner Ansicht das Wesen des hypothetischen Urtheils ausmacht, — natürlich mit den Modificationen, die sich aus dem oben erörterten Unterschiede zwischen Urtheil und Norm ergeben. Besteht nun das allen hypothetischen Urtheilen gemeinsame Verhältniß von Grund und Folge darin, daß das im Nachsatz

enthaltene Urtheil als wahr nur behauptet wird, sofern das im Vordersatze enthaltene wahr ist, und besteht ferner der Unterschied zwischen Urtheil und Norm (Imperativ) darin, daß das erstere stets Ausdruck einer Ueberzeugung, eines Fürwahrhaltens, die andere dagegen Ausdruck eines Wollens, Begehrens, Verlangens ist, so erscheinen als hypothetische Normen offenbar diejenigen, die von dem Normsetzenden nur für den Fall gewollt werden, daß das in dem Vordersatze enthaltene Urtheil zutrifft, will sagen, die darin bezeichnete Thatsache wahr ist resp. einmal wahr wird. In beiden Fällen also wird, um die allgemeinste Bezeichnung zu gebrauchen, etwas gesetzt und zwar nicht schlechthin, sondern allein unter Voraussetzung eines Andern, d. h. auf Grund einer andern Setzung; im Falle des hypothetischen Urtheils aber charakterisirt sich die Folge-Setzung als Aussprechen einer Behauptung, einer wirklichen oder vermeintlichen Wahrheit, im Falle der hypothetischen Norm charakterisirt sie sich als Ausdruck eines Willensinhalts, einer auf Thun oder Unterlassen gerichteten Forderung*).

*) Will man das im Text bezeichnete, den hypothetischen Normen eignende Verhältniß von Grund und Folge schlechterdings unter eine der vier von Schopenhauer angenommenen Arten dieses Verhältnisses subsumiren, so bleibt m. E. nur übrig, dasselbe als eine Art von Motivation zu fassen. In der That kann man ja sagen, daß der Vordersatz jeder wahrhaft hypothetischen Norm das Motiv bezeichne, welches — gleichviel, ob es für die Normsetzung selbst Motiv war oder nicht — zu dem im Nachsatze geforderten Handeln, also zur Befolgung der Norm, eventuell diejenigen bestimmen soll, an welche die Norm sich richtet. Ein näheres Eingehen auf die hiermit zusammenhängenden Fragen muß ich mir z. Z. umsomehr versagen, als ich die Schopenhauersche Unterscheidung selbst in mehr-

Wie diese Auffassung für die Lehre von den „Bedingungen" bei Rechtsgeschäften im Gegensatze zu den reinen Zeitbestimmungen zu verwerthen ist, und großentheils schon bisher — bewußt und unbewußt — von der Rechtswissenschaft verwerthet wurde, freilich in zusammenhängender Darstellung hauptsächlich nur auf dem Gebiete des Privatrechts, darf für jetzt übergangen werden. Dagegen kann ich nicht umhin, schon hier vor einigen Fehlschlüssen zu warnen, die bei oberflächlicher Betrachtung der obigen Sätze über hypothetische Normen möglicherweise gezogen werden könnten.

Fürs Erste ist zu beachten, daß der Begriff der bedingten Norm (des bedingten Imperativs) und entsprechend der Begriff des bedingten Anspruchs und der bedingten Pflicht, wie ich solchen schon öfters gebraucht habe, sehr viel weiter reicht als der Begriff der hypothetischen Norm, namentlich wenn man den letztern nach Analogie des hypothetischen Urtheils beschränkt auf Normen, die auch der Form nach („Wenn [si] —, so soll —") sich als hypothetische darstellen. Denn gleichwie es zahllose Urtheile giebt, die ihrer Form wegen als kategorische bezeichnet werden, aber der Sache nach durchaus als hypothetische gedacht oder doch versteckter Weise solche sind, so auch zahllose Normen, deren Inhalt, trotz der kategorischen Form, ein hypothetischer ist. Ich denke dabei natürlich nicht an jene früher (§ 253) besprochenen negativen Bedingungen, die man schließlich bei jeder Norm, wie bei jedem Urtheil, mögen dieselben kategorisch oder

facher Hinsicht (namentlich in Betreff der Motivation, sowie bezüglich dessen, was er causa essendi nennt) der Verbesserung resp. Ergänzung bedürftig erachte.

hypothetisch oder disjunctiv sein, hinzudenken kann resp. muß. Dagegen gehört hierher in der That vieles, was ich bisher als nach Inhalt oder Richtung bedingte Normen bezeichnet habe, also z. B. die Privatrechtsnormen: „Vereinbarungen, welche in der und der Form eingegangen sind, sollen die Paciscenten civilrechtlich verpflichten", „Schenkungen zwischen Ehegatten sollen nichtig sein", u. s. w. Den besten Beweis dafür liefert die Uebertragung solcher Sätze in die hypothetische Form. Es bedarf nur geringen Scharfblicks, um zu erkennen, daß gerade diese Form für einen vollständigen und präcisen Ausdruck des Inhalts der fraglichen Sätze ganz besonders angezeigt ist; die kategorische Form eignet sich in vielen solchen Fällen nur zu Abbreviaturen, wie sie ausschließlich für denjenigen werthvoll sind, der sich auf die Sache selbst bereits genügend versteht, um durch die knappe, alles für den Kenner Selbstverständliche auslassende Ausdrucksweise nicht irregeführt zu werden.

Zum Zweiten habe ich gerade an dieser Stelle ein Zugeständniß zu wiederholen, das völlig kahl hingestellt, leicht als ein Abweichen von anderweitig Gesagtem erscheinen kann, in Wahrheit aber damit durchaus im Einklange steht. Schon im § 129 ist ausgeführt worden, daß der Indicativ, der im Texte von Gesetzen und Verträgen auftritt, dem Sinne nach stets dem Imperativ gleichsteht, — wohlverstanden, soweit es sich um wirkliche Gesetzes- oder Vertragsbestimmungen handelt. Der unmittelbare Grund dafür liegt, wie wir wiederholt sahen, in der Intention des Gesetzgebers resp. der Paciscenten, wie sich solche auch äußerlich im Eingange der Gesetze und Verträge kundzugeben pflegt, nament-

lich deutlich in den unsere Gesetze einleitenden Worten: „Wir — verordnen wie folgt." Es ist ferner von mir — besonders im Laufe dieses letzten Abschnitts — immer wieder der Unterschied betont worden zwischen wahren Rechtssätzen oder Rechtsnormen einerseits, und rechtswissenschaftlichen Behauptungen oder Lehrsätzen andererseits. Allein es erklärt sich zugleich bei der allgemeinen Structur unserer modernen Gesetzgebung sehr leicht, daß aus der Hand der Verfasser des Gesetzestextes sehr oft Sätze hervorgehen, die offenbar rein als rechtswissenschaftliche Sätze concipirt sind. Solche Sätze treten dann nicht nur der sprachlichen Fassung, sondern auch der ursprünglichen Auffassung der Concipienten nach in der That als „Urtheile" im Sinne der Logik auf. Und zwar sind es vorzugsweise auch hypothetische Urtheile, die uns in dieser Weise im Gesetzestexte entgegentreten. Ich erinnere in dieser Beziehung beispielsweise an die §§ 51 bis 54 des Strafgesetzbuchs, deren theoretisirender Charakter schon in den Anfangsworten: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn —" ziemlich deutlich heraustritt, zumal im Gegensatze zu den Bestimmungen des besondern Theils, die nach der Form gebildet sind: „Wer —, wird bestraft." In dem „wird bestraft" liegt dem Sinne nach nicht mehr und nicht weniger, als: „soll bestraft werden"; die beiden Worte sind schlechthin nichts anderes als Ausdruck des Willens des Gesetzgebers. Nicht so die Worte: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn —". Zwar läßt sich auch hier der Indicativ bequem in einen Imperativ umwandeln: „Eine strafbare Handlung soll nicht vorhanden sein, wenn —", oder besser: „Eine strafbare Handlung soll

nicht angenommen werden, wenn —". Aber man fühlt zugleich, daß bei dieser Umwandlung ein Theil des Gedankens verloren geht, den der Verfasser des Gesetzestextes bei der Abfassung hatte und unwillkürlich oder bewußt in dem betreffenden Paragraphen zur Darstellung gebracht hat; es steckt eben darin nicht bloß ein Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, sondern zugleich ein Stück Theorie. Trotz alledem würde es gründlich verkehrt sein, diese Art von Gesetzesbestimmungen als eine Ausnahme von der allgemeinen imperativischen Natur der Rechtssätze betrachten und demgemäß abweichend von den anderen als Urtheile behandeln zu wollen. Vielmehr liegt auf der Hand, daß hier eine Incongruenz besteht zwischen der Fassung der Gesetzesvorschriften und der unmittelbaren Anschauung der Gesetzesconcipienten einerseits und der allgemeinen gesetzgeberischen Intention, wie sie im Gesetzeseingange ihren Ausdruck findet, andererseits. Es kann auch hier nicht die wahre Meinung des Gesetzgebers als solchen sein, eine wissenschaftliche Wahrheit oder Lehre verordnen zu wollen. Gegenstand der Verordnung im engern Sinne ist immer nur — und kann nur sein —, was sich als Imperativ denken, also aus der indicativischen Form in die imperativische übersetzen läßt. Das bei solcher Uebersetzung außerdem verbleibende theoretische Residuum mag ganz interessant sein für die Kenntniß der wissenschaftlichen Ansichten des unmittelbaren Verfassers des betreffenden Gesetzes bez. der betreffenden einzelnen Gesetzesbestimmung, es mag auch darum einen wichtigen (obgleich nicht schlechthin untrüglichen) Fingerzeig abgeben für die Feststellung der ratio legis und damit für die logische Auslegung sowie die analoge Anwen-

dung des Gesetzes; irgendwelche unmittelbar gesetzliche Kraft jedoch kommt ihm nicht zu.*)

260. Was endlich die zweite in § 258 aufgeworfene Frage anlangt, so bietet sich eine allgemeine, gar keiner weiteren Begründung bedürftige Antwort ganz von selbst dar. Ist es richtig, daß die Grundsätze über Schlüsse für alle Arten von Urtheilen gelten, wie dies die Voraussetzung der bisherigen Logik ist, so müssen sie auch für Willensurtheile d. h. Urtheile über ein Wollen gelten, sofern und soweit diese eben auch Urtheile sind. Darin liegt aber schon, daß sie auch Anwendung finden auf Normen, soweit diese in correcter Weise als Glieder von Willensurtheilen, genauer als Objecte zu einem Prädicate „wollen" eingeführt oder wenigstens stillschweigend gedacht werden. Und zwar

*) Die im Texte vorgetragene Ansicht darf übrigens der Praxis nach bereits als die herrschende angesehen werden. Thatsächlich verfahren Richter, Rechtsanwälte u. s. w. regelmäßig nach dieser Methode, wenn sie sich dessen auch vielleicht nicht völlig bewußt sind. Aber auch die Theorie hat sie theilweise schon als richtig anerkannt, namentlich bezüglich der in Gesetzen sich findenden Definitionen, die genauer betrachtet doch nur hervorragende Beispiele von rechtswissenschaftlichen Sätzen sind, die sich in Gesetze eingeschlichen haben. Freilich geht gerade die Theorie über Definitionen öfters wieder in der entgegengesetzten Richtung zu weit. Sie verkennt nämlich nicht selten, daß sich doch auch in ihnen wahre Rechtsnormen verbergen, die nur der wissenschaftlichen Hülle entkleidet werden müssen, m. a. W. daß sie namentlich Bedeutung haben als begriffsentwickelnde Rechtssätze im Sinne von § 133. Bezüglich einiger anderer Consequenzen unserer Ansicht verweise ich auf meine Abhandlung „Ueber Benutzung von Landtags- und Synodalverhandlungen bei der Auslegung der neueren Staats- und Kirchengesetze" in der Zeitschrift für Kirchenrecht von Dove und Friedberg (X, 187 [§ 28, 2], 192 ff. [§ 35], 199. 201.)

ergeben sich bei näherer Betrachtung drei Hauptfiguren, in denen Willensurtheile zu Schlüssen verbunden erscheinen:

1) sie können verbunden auftreten mit anderen Urtheilen, so daß nur Obersatz und Schlußsatz Willensurtheile sind;
2) sie können insgesammt Willensurtheile und zwar zuvörderst Urtheile über das Wollen eines und desselben Subjects sein, indem von zwei Willensinhalten auf einen dritten (von zwei Normen auf eine dritte) geschlossen wird;
3) sie können Urtheile über das Wollen verschiedener Subjecte sein, sofern das Wollen des Einen als dem Wollen des Andern subordinirt oder doch subsumirbar erscheint.

Von allen drei Formen macht die Wissenschaft Tag für Tag Gebrauch. Die erste Figur ist die Grundform für die Anwendung des Rechts auf die concreten Thatbestände, wie sie in jeder Entscheidung von Rechtsfällen sich vollzieht; die zweite spielt vor allem ihre Rolle bei der Auslegung der Gesetze, Verträge u. s. w.; die dritte endlich bildet die Grundlage für das Verständniß des Rechtsgeschäfts.

Dabei versteht sich von selbst, daß die Formulirung des einzelnen Willensurtheils sehr verschieden sein kann. Zum mindesten sind hier eben so viele Möglichkeiten vorhanden, als es nach unseren bisherigen Erörterungen verschiedene Standpunkte giebt, die Jemand zu einem Willensinhalt der fraglichen Art, will sagen zu einer Norm einnehmen kann. Das Urtheil kann also z. B. lauten, wie es aus dem Munde eines Befehlenden z. B. des Gesetzgebers kommt („Wir ver-

ordnen: ihr sollt —"), oder wie es der annehmende Gegenpart fassen würde („ich anerkenne, daß ich das und das thun soll"), oder im Sinne Aller, die eine Norm als Gemeinschaftsgenossen für die Gemeinschaft anerkennen („wir anerkennen, das und das soll geschehen"). Es kann ferner in der Formulirung die Benennung des wollenden Subjects überhaupt wegbleiben, sofern die mehreren Willensurtheile sich auf das Wollen eines und desselben Subjects beziehen (wie in den Fällen 1 und 2) oder doch über das hinzuzudenkende Subject kein Zweifel sein kann. Auch liegt auf der Hand, daß Urtheile über Ansprüche und Pflichten, sofern sie aus der Vorstellung des Berechtigten oder Verpflichteten heraus aufgestellt werden, gleichfalls nichts anderes sind als Urtheile über ein Wollen, und demgemäß die aus solchen Urtheilen gezogenen Schlüsse nichts anderes als Schlüsse aus einem Wollen auf ein Wollen.

Freilich scheint diese allgemeine Schlußpraxis resp. die Theorie, mit welcher dieselbe motivirt worden ist, in Widerspruch zu stehen mit der Thatsache, daß das wirkliche „empirische" Wollen eines bestimmten Subjects in einer bestimmten Beziehung oft wesentlich abweicht von dem, worauf wir — in logisch völlig richtiger Weise — aus einem andern Wollen des betreffenden Subjects schließen müssen. Allein bei näherer Betrachtung ist dies doch wirklich nur Schein. Nicht als wenn ich behaupten wollte, in solchem Falle liege gar kein Widerspruch vor. Ein Widerspruch ist vielmehr zweifellos vorhanden: der Widerspruch des wirklichen empirischen Wollens, der Setzung eines bestimmten Zweckes des Handelns, zu der logischen Consequenz einer

andern Zwecksetzung. Aber daraus folgt nimmermehr, daß Schlußfolgerungen aus einer Zwecksetzung auf eine andere in sich schon widerspruchsvoll seien. Denn in ganz derselben Weise würde man beweisen können, daß überhaupt alle logischen Schlußfolgerungen in sich widerspruchsvoll seien, weil thatsächlich die Ueberzeugung eines Subjects von einem gewissen Gegenstande oft genug im Widerspruch steht zu den logischen Consequenzen anderer Ueberzeugungen desselben Subjects: ein Beweis, der offenbar zu viel bewiese, und darum nichts. So wenig die Thatsache, daß wir oft genug irren und Fehlschlüsse machen, die Berechtigung der logischen Lehre vom Schlusse aufhebt, so wenig die Thatsache widersprechender Willensentscheidungen die Anwendbarkeit der logischen Gesetze auf das Gebiet des Wollens.

Vorausgesetzt wird hierbei allerdings:

„daß die logischen Sätze der Identität und des Widerspruchs nicht bloß dem Wesen unseres Bewußtseins, sondern überhaupt unseres Geistes entsprechen, wie denn dieses Bewußtsein nur die eine Art der Thätigkeit ausmacht, wie Fühlen und Wollen die andere".

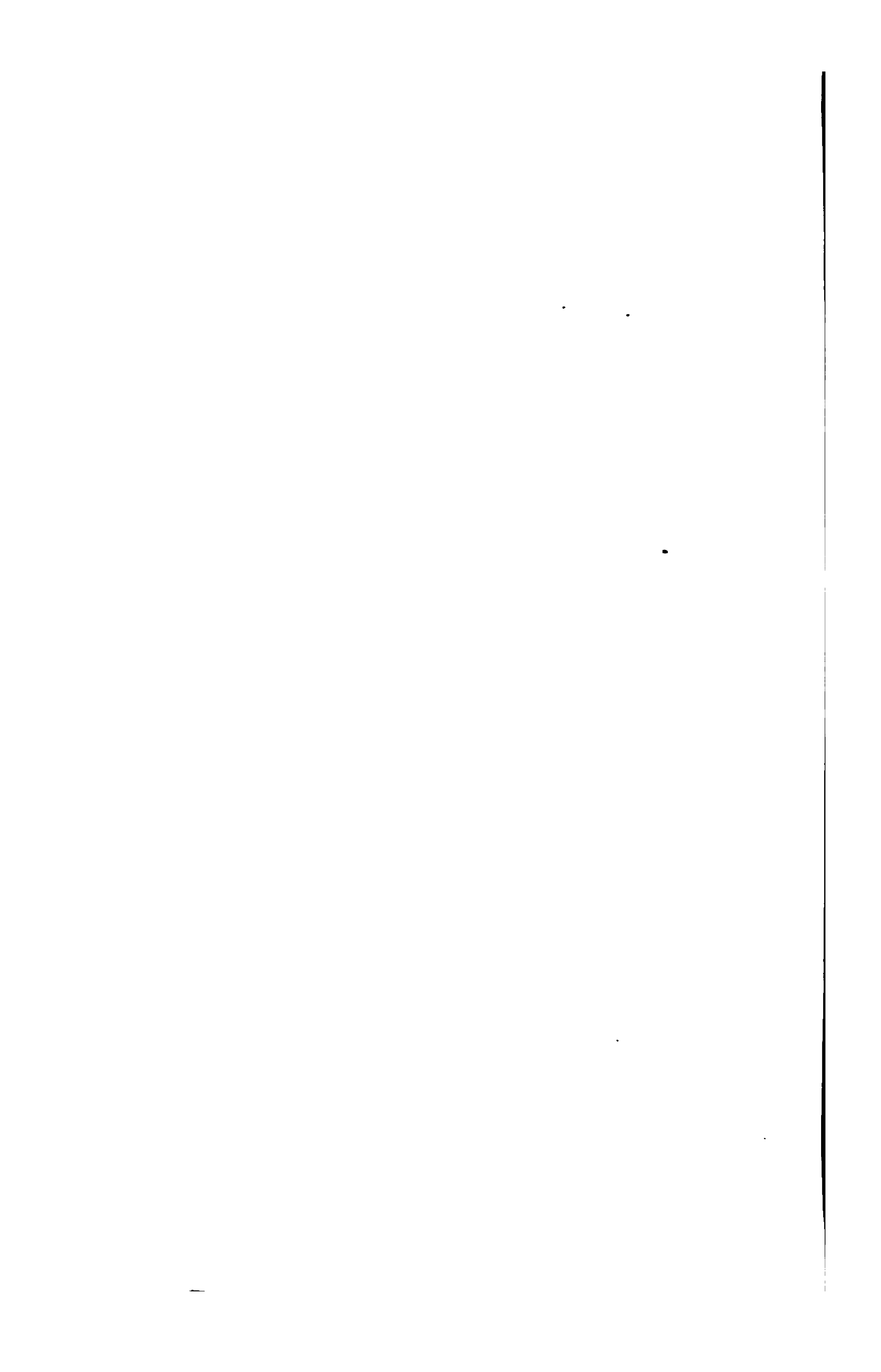
Aber damit ist doch in der That nur eine Eigenschaft gekennzeichnet, die, wenn sie auch keineswegs das Leben des Geistes ausschließlich beherrscht, — und wohlverstanden gar nicht ausschließlich beherrschen darf, wenn daneben Freiheit des Wollens möglich sein soll, — nichtsdestoweniger sich uns fortwährend als vorhanden offenbart; eine Eigenschaft, ohne welche jede Art von Geistesbildung — theoretische wie praktische — geradezu undenkbar wäre. Und nichts anderes als eben diese Eigenschaft unseres Geistes, als die

eigenthümliche logische Abhängigkeit desselben von dem direct als Wahrheit, Gut oder Norm Anerkannten ist **es**, was den Inhalt der von mir wiederholt behaupteten **indirecten Anerkennung** ausmacht. Nur aus dieser Abhängigkeit erklärt sich einerseits die Möglichkeit einer Rechtsbildung zweiter, dritter u. s. w. Ordnung, andererseits der Begriff des Unrechts.

Die rechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ist **die logische Consequenz aus einem superordinirten Rechtssatze und einem subordinirten Wollen**; das Wesen des Unrechts ist **der Widerspruch zwischen der indirecten Anerkennung einer Rechtsnorm und einem dazu in Gegensatz tretenden empirischen Wollen.**

Anhang zum zweiten Buche.

Zwei Excurse.



A.

Der Begriff des Dürfens und die angeblichen Gründe gegen die allgemeine imperativische Natur der Rechtsnormen.

Der Ausdruck „dürfen" ist in dem ganzen vorliegenden Werke, wo er irgend als technischer Ausdruck auftritt, als dem Inhalte nach gleichbedeutend gesetzt worden mit „erlaubt sein" und wird auch im weiteren Verlaufe in der gleichen Weise gebraucht werden.

Damit will ich keineswegs leugnen, daß der fragliche Ausdruck in dem gemeinen und auch in dem juristischen Sprachgebrauche noch in einer mehrfachen, theilweise abweichenden Bedeutung vorkommt, oder, vielleicht richtiger gesagt, daß wir bei gewissen Wortverbindungen, in denen derselbe erscheint, zugleich noch an etwas ganz anderes zu denken haben, als an ein bloßes Erlaubtsein.

Erstens wird das Wort „dürfen" öfters da gebraucht, und zwar für sich allein gebraucht, wo man stillschweigend zugleich dasjenige voraussetzt, was ich schon in den letzten Abschnitten des ersten Buchs, namentlich aber vom dritten Abschnitt des gegenwärtigen zweiten Buches an

als Rechtsanspruch bezeichnet habe. Wenn man z. B. von Jemand sagt, daß er in einer Versammlung mitstimmen, mitwählen u. dgl. dürfe, so meint man niemals bloß, daß es ihm gestattet sei, selbst etwas zu thun, als zugegen zu sein, Stimmzettel abzugeben u. s. f., sondern will damit vielmehr aussprechen, daß unter gewissen Bedingungen er zu hören, daß seine Stimme anzunehmen und mitzuzählen, also je nach der Art seines Verhaltens zugleich von Anderen etwas zu thun sei. Es wird m. a. W. in solchen *Fällen* neben dem, was als für Jemand erlaubt bezeichnet wird, auch noch ein Sollen für Andere supponirt. Ja, dieses supponirte Sollen ist offenbar das weitaus Interessanteste an den Normen, die in solcher Weise von einem „dürfen" handeln; denn ohne dieses Sollen erscheint die Vornahme der Handlungen, die als erlaubt genannt werden, völlig werthlos, während umgekehrt aus der Hervorhebung eines solchen Sollens Anderer das Erlaubtsein der Handlungen, auf die es sich bezieht, ganz von selber folgt. In Wahrheit ist also der rechtlich relevante Inhalt der Normen, welche unter der besprochenen Voraussetzung von einem Dürfen reden, ein Imperativ unter Voraussetzung gewisser Handlungen, die damit gleichzeitig als erlaubte charakterisirt sind.

Zweitens weist die Gesetzgebung nicht wenige Fälle auf, in denen die Worte „dürfen" und „können" geradezu als bequemste Ausdrücke für ein bedingtes, auf das gewissenhafte Ermessen des Verpflichteten gestelltes Sollen dienen. Es hieße z. B. unsere neueren Reichsjustizgesetze vollständig mißverstehen, wenn man meinen wollte, in den Fällen, wo solche

ein Dürfen oder Können (das letztere ist der gewöhnliche Ausdruck) dem Richter als Prädicat beilegen, sei bloß an eine Erweiterung seiner Amtsbefugnisse und nicht vielmehr in erster Linie seiner Amtspflichten zu denken. In Wahrheit handelt es sich hier gar nicht darum, daß ihm erlaubt wird, als Richter etwas zu thun, was er ohne diese Erlaubniß nicht thun dürfte, was er aber nach seinem persönlichen Belieben auch fernerhin lassen darf; es handelt sich vielmehr um die Aufstellung einer Forderung oder Anweisung, dahin gehend, daß der Richter die Zweckmäßigkeit der betreffenden Proceßhandlungen jedes Mal nach Lage des speciellen Falls gewissenhaft prüfen, und je nach Ausfall dieser Prüfung dieselben entweder vornehmen oder unterlassen soll.

Von selbst versteht sich endlich, daß der soeben besprochene zweifache Gebrauch des Wortes „dürfen" (bez. „können") auch sehr häufig verbunden vorkommt, nämlich in der Weise, daß dem bedingten Sollen, von welchem zuletzt die Rede war, in Gedanken zugleich ein bedingter Rechtsanspruch an die Seite gesetzt wird. Schon an dem, aus unseren Reichsjustizgesetzen angeführten Beispiele, und m. E. auch an den vorher erörterten Beispielen des activen Wahlrechts, der Rechte der Abgeordneten u. dgl. läßt sich dies beobachten. Besonders deutlich aber tritt diese Doppelbedeutung von „dürfen" und anderen ähnlichen Ausdrücken hervor in den Verfassungsbestimmungen, nach welchen der constitutionelle Monarch provisorische Gesetze erlassen, unter gewissen Bedingungen den Belagerungszustand über einen Theil des Landes verhängen, u. s. w. darf. Das zwiefach Impera-

tivische derartiger Rechtssätze ist unschwer zu erkennen von Jedem, der sich überhaupt die Mühe nimmt, ihren Inhalt gründlich durchzudenken. Sie sind Imperative an den Monarchen selbst: denn es sind Pflichten und zwar Pflichten der schwersten Art, welche seinem gewissenhaften Ermessen auferlegt und resp. von ihm anerkannt werden. Sie sind aber auch Imperative an die Unterthanen; denn nach ihnen ist es Pflicht der Unterthanen, den Anordnungen Folge zu leisten, die der Monarch in formell richtiger Weise behufs Erfüllung dieser Pflichten erläßt. Ganz ähnlich würde auch die von A. Merkel gegen Thon ins Feld geführte Bestimmung des Socialistengesetzes von 1878 zu construiren sein, durch welche die Centralbehörden der deutschen Bundesstaaten ermächtigt werden, mit Genehmigung des Bundesraths unter gewissen Voraussetzungen eine Art von Belagerungszustand für einzelne Bezirke herbeizuführen. Einerseits werden dadurch die einzelstaatlichen Centralbehörden und resp. der Bundesrath verpflichtet, außer dem Vorhandensein der ausdrücklich benannten gesetzlichen Voraussetzungen auch die Zweckmäßigkeit der in Rede befangenen Maßregel im concreten Falle in gewissenhafte Erwägung zu ziehen. Andererseits wird damit ein Rechtsanspruch der deutschen Bundesstaaten auf Gehorsam gegen die formell richtig erlassenen Anordnungen der gedachten Art unzweideutig anerkannt. Wer solche juristische „Constructionen" künstliche nennt, der beweist damit im Grunde nur, daß es ihm bequemer ist, sich mit einem gewissen richtigen Gefühl von dem Inhalt eines Rechtssatzes zu begnügen, als diesen Inhalt streng logisch zu analysiren; daß er in praxi ganz jener „Construction"

gemäß handeln würde, falls er es überhaupt mit der Rechtsanwendung ernst nimmt, ist kaum zu bezweifeln.

Ich wiederhole: Es ist durchaus nicht meine Absicht, die Thatsache, oder auch nur die Berechtigung des soeben dargelegten mehrfachen Sprachgebrauchs bezüglich des Ausdrucks „dürfen", sowie verwandter Ausdrücke zu bestreiten; ich nehme bloß für mich das Recht in Anspruch, dem fraglichen Ausdruck für alle Fälle, wo ich denselben als technischen gebrauche, wo ich also speciell vom Begriff des Dürfens rede, einen einzigen, bestimmten Sinn zu vindiciren, und zwar denjenigen, der ihm offenbar als ursprünglichster oder mindestens allgemeinster zukommt. Nur mit dieser Maßgabe habe ich den Begriff des Dürfens als ein- für allemal in der Sache gleichbedeutend gesetzt mit dem Begriff des Erlaubten und dann beide als gleichbedeutend, wenigstens inhaltlich gleichbedeutend, mit dem Nichtverbotenen, oder besser mit dem den Vorschriften des Rechts nicht Widersprechenden.

Indem ich mich dazu wende, nunmehr diese letztere Gleichsetzung und die auch hieraus für die allgemeine imperativische Natur des Rechts zu ziehenden Consequenzen etwas ausführlicher zu begründen, oder richtiger gesagt wider die in neuester Zeit von angesehenen Juristen erhobenen Einwendungen zu vertheidigen; glaube ich zunächst darauf hinweisen zu sollen, daß die Richtigkeit jener Gleichsetzung innerhalb der eigentlichen rechtsphilosophischen Literatur, soweit mir bekannt, noch niemals ernstlich bestritten worden ist. Selbst jene zahlreichen rechtsphilosophischen Theorien, die

das Erlaubtsein oder die durch das Rechtsgesetz gesicherte Freiheit als das Wesen des subjectiven Rechts ansehen, lassen doch die Sicherung der Freiheit eben erst dadurch zu Stande kommen, daß die Freiheit Aller beschränkt wird durch das Rechtsgesetz. Freiheitsbeschränkung durch ein Gesetz aber ist gar nicht anders denkbar als in Gestalt von Verboten resp. Geboten, also durch Imperative von negativem oder positivem Inhalt. Wenn trotzdem von Einem oder dem Andern die allgemeine imperativische Natur des Rechts, und zwar nicht nur des subjectiven sondern auch des objectiven Rechts geleugnet wird, so liegt darin ein offenbarer Widerspruch, den nur leider die Leugnenden selbst nicht verspüren.

Ein sehr lehrreiches Beispiel eines solchen Widerspruchs bietet Lasson's Ausführung in seinem System der Rechtsphilosophie (S. 208 ff.); daselbst heißt es unter N. 2 wörtlich:

„Die Function des Rechts ist die, die Willkür nach allgemeinen Gesetzen mit der Möglichkeit zwangsmäßiger Repression innerhalb bestimmter Schranken zu halten. Die Voraussetzung dafür ist die Anerkennung einer freien Sphäre des Beliebens, innerhalb deren jeder gegen jeden geschützt wird. Auf das, was innerhalb dieser Sphäre liegt, bezieht sich das Recht nur mittelbar, nur dadurch, daß es die Grenzen um dieses Gebiet zieht. Die Befugniß ist also das Selbstverständliche, erst die Einschränkung stammt aus dem Recht; was nicht verboten ist, das ist erlaubt, und unter dem Gesichtspunkte des Rechts mag

es jeder damit halten, wie er will. Aber in diese Befugniß soll von keinem gegen keinen eingegriffen werden; das Rechtsgesetz ist deshalb seinem Wesen nach Verbot der Verletzung: neminem laedere."

So wenig ich mit der schlechthinnigen Betonung der „Möglichkeit zwangsmäßiger Repression" im ersten, sowie mit der Einschränkung der Aufgaben des Rechts auf Verbot von Verletzungen im ersten und letzten Satze einverstanden sein kann — die weitere Ausführung Lasson's, daß überall, wo die Rechtspflicht positiver Art zu sein scheine, sie in Wahrheit nur auf ein Nichtvorenthalten gehe, ist völlig willkürlich und haltlos —, so trefflich stimmt der sonstige Inhalt der mitgetheilten Stelle zu meinen eigenen obigen Bemerkungen. Desto mehr muß es überraschen, wenn eine Seite später Lasson die bezügliche Erörterung mit folgenden Worten schließt:

„Man kann das Recht kaum gründlicher verkennen, als wenn man es als einen Inbegriff von „Imperativen" oder, wie der Lieblingsausdruck lautet, von „Normen" betrachtet, aus denen dann erst die Befugnisse abzuleiten seien. Vielmehr ist die Befugniß das Erste, und alle Normen haben nur den Inhalt, daß fremde Befugniß nicht gestört werden soll."

Als wenn hier nicht in dem zweiten Satze, namentlich zusammengehalten mit den vorher citirten Sätzen, gerade das bejaht würde, was der erste Satz verwirft! Angenommen selbst, Lasson hätte Recht mit der Behauptung, daß „alle Normen nur den Inhalt haben, daß fremde Befugniß nicht gestört werden soll", sind diese Normen

darum „Nicht-Normen"? Sind Verbote nicht auch Imperative? Nun hat ja aber Lasson selbst vorher gesagt „die Befugniß sei das Selbstverständliche, erst die Einschränkung stamme aus dem Recht, — das Rechtsgesetz sei seinem Wesen nach Verbot der Verletzung"! Wie will er — auch von seinem Standpunkte aus — in Abrede stellen, daß das Recht im objectiven Sinne, d. i. eben das Rechtsgesetz oder der Inbegriff der Rechtsgesetze, durchweg aus Imperativen besteht? Ganz davon zu schweigen, daß das „Erste" und „Selbstverständliche", was er „die Befugniß" nennt, nicht sowohl die Befugniß, als vielmehr nur die abstracte, inhaltsleere Freiheit ist, die erst in Folge der durch das Rechtsgesetz bewirkten wechselseitigen Einschränkung zur Befugniß d. h. zur rechtmäßigen, dem Rechte entsprechenden, innerhalb der Grenzen desselben sich haltenden Freiheit wird.

Von wesentlich anderen Anschauungen gehen allerdings die Juristen aus, die in neuerer Zeit gegen die Ansicht von der allgemeinen imperativischen Natur des Rechts aufgetreten sind. Sie leugnen gerade, was Lasson zugiebt, daß erlaubt einfach alles sei, was nicht verboten; sie betrachten das Erlaubtsein erst als ein Product des Rechtsgesetzes, und zwar nicht bloß in dem Sinne, wie ich das selbst behaupte, d. h. sofern die Vorstellung des Erlaubten ohne die vorausgehende Vorstellung des Nichtsollens, des Verbotenen, gar nicht aufkommen kann, sondern vielmehr in demselben Sinne, in welchem sie die Rechtspflichten als Producte des Rechtsgesetzes ansehen; sie stellen Erlaubtsein und Gebotensein resp.

Verbotensein auf Eine Linie, indem sie das Eine wie das Andere je auf eine besondere Art von Rechtssätzen und zwar von qualitativ verschiedenem Charakter zurückführen. Aber ganz vergeblich sucht man nach stichhaltigen Gründen, die dieses Verfahren rechtfertigen könnten.

Wenn u. A. Thöl, gewiß einer der ersten und scharfsinnigsten Juristen der Gegenwart, gegen Savigny's Lehre von den Arten der Rechtssätze bemerkt, daß „es oft schwer ist, zu wissen, was Alles ich thun, und was Alles ich unterlassen darf", und daß „daher die erlaubenden Rechtssätze eine weitgreifende Bedeutung haben" (Grundsätze des deutschen Privatrechts, S. 103, Anm. 1), so wird ihm dies sicherlich kein Mensch bestreiten. Aber die Frage, um die es sich eigentlich handelt, wird dadurch gar nicht berührt. Es fällt mir durchaus nicht ein — und ist auch Savigny nicht eingefallen — das Vorhandensein von sog. erlaubenden Rechtssätzen einfach zu verneinen. Die Differenz, von der wir gegenwärtig reden, bezieht sich nicht auf Existenz oder Nichtexistenz der Rechtssätze, die mit diesem Titel bisher belegt worden sind und auch ruhig weiter so titulirt werden mögen, sondern einzig darauf, wie die logische Natur dieser Rechtssätze und ihr Verhältniß zu den übrigen, insbesondere zu den sog. gebietenden und verbietenden Rechtssätzen zu denken ist. Wie ich meinerseits diese Frage beantworte, folgt aus den Ausführungen des ersten und zweiten Abschnitts des vorliegenden zweiten Buches. Dagegen sehe ich mich außer Stande, aus den obigen Bemerkungen Thöl's in Wahrheit irgend etwas für die Beantwortung dieser Dinge zu entnehmen. Thöl hat nicht behauptet,

geschweige bewiesen, daß damit sachlich etwas anderes gesagt sei, als was man auch folgendermaßen ausdrücken könnte: Es ist oft schwer zu sagen, ob etwas verboten ist oder nicht, und daher sind Gesetzesbestimmungen, durch welche die Geltung gewisser Gebote oder Verbote ausdrücklich ausgeschlossen wird, selbst dann von tiefgehender Bedeutung, wenn die bezüglichen Gebote oder Verbote gar nicht wahrhaft in Geltung, sondern nur irgend Zweifel in dieser Hinsicht zu befürchten waren.

Einen gelegentlichen Versuch, den behaupteten Unterschied zwischen Erlaubtsein und Nichtverbotensein näher zu bestimmen, hat Wach bei Besprechung des Binding'schen Werks „Die Normen und ihre Uebertretung" gemacht (Gerichtssaal XXV, 443). Allein dieser Versuch spricht bei genauerer Betrachtung viel mehr für die von uns vertretene Ansicht, als für die seinige. Die in Frage kommenden Sätze der Wach'schen Abhandlung lauten:

„Der Staat verbietet vieles nicht, weil er genügenden Grund für Strafe oder anderweite Rechtsfolge nicht vorfindet, hütet sich aber wohl, ihm die Sanction der Erlaubniß zu geben. Erlaubt ist das nicht Verbotene nur insofern, als es einer rechtlichen Sanction nicht ausgesetzt, nicht erlaubt insofern, als ihm die staatliche Anerkennung und der Staatsschutz mangelt. Die unsittliche That ist als solche im Staate nicht erlaubt, denn niemals befindet sie sich im Einklange mit dem positiven Willen des Staates, und dennoch nicht verboten."

So wenig klar auch der zweite der vorstehenden Sätze gefaßt ist, so folgt doch aus dem ersten und letzten,

überhaupt aus der ganzen Richtung der Wach'schen Polemik zur Genüge, daß Wach selbst als „rechtlich erlaubt" nur dasjenige angesehen wissen will, was eine besondere staatliche „Sanction der Erlaubniß" oder wie es sogleich darauf heißt, „die staatliche Anerkennung und den Staatsschutz" für sich hat. Nun ziehe man einmal unbefangen die Consequenzen dieser Anschauung!

Wie vielen Staaten ist es denn wohl eingefallen, alle möglichen sittlich edlen Handlungen oder Verhältnisse als erlaubt zu sanctioniren, sie ausdrücklich anzuerkennen und in ihren Schutz zu nehmen? Wo sind Liebe, Freundschaft u. dgl. mit staatlicher Sanction der Erlaubniß versehene Verhältnisse? Folge: all dergleichen ist zwar rechtlich nicht verboten, aber doch nicht rechtlich erlaubt. Oder ein ander Beispiel: Erlaubt im Sinne Wach's ist der Spaziergang, den der Sträfling im Hofe der Strafanstalt in Folge ausdrücklicher Anerkennung und unter dem Schutze staatlicher Organe macht; erlaubt in demselben Sinne ist dem in Festungshaft Befindlichen jede beliebige Beschäftigung (die nichts Verbotenes enthält), insbesondere also ausschließlich geistige Beschäftigung oder auch einfaches Faullenzen u. s. w. Dagegen für den gewöhnlichen Menschen erscheinen all' dergleichen Dinge als nicht erlaubt, wenn auch als nicht verboten. Sollte sich wirklich Jemand finden, der solche Folgerungen, wie sie Wach selbst freilich nicht gezogen hat, wohl aber logischer Weise hätte ziehen müssen, ernstlich vertreten möchte?

Oder meint Wach etwa, in den angeführten Fällen lasse sich doch auch von staatlicher Anerkennung und von Staats-

schutz reden? Dann wäre ich in der That neugierig, zu erfahren, worin jene staatliche Anerkennung und jener Staatsschutz anders bestände, als in der Thatsache, daß der Staat nichts jenen Verhältnissen und Thätigkeiten Widersprechendes vorschreibt und demgemäß auch keinen Grund hat, bezüglich derselben jenen ganz allgemeinen Schutz zu versagen, den er Jedem seiner Genossen gewährt, der sich nicht in Widerspruch zu seinen Rechtsvorschriften setzt. Das Letztere wäre aber genau meine Ansicht von der Bedeutung des Erlaubten. Eine „Sanction der Erlaubniß" liegt in den fraglichen Fällen sicherlich nicht vor.

Zu nicht geringeren Bedenken giebt die dritte (letzte) der oben abgedruckten Bemerkungen Wach's Veranlassung. Gewiß ist die „unsittliche Handlung als solche" im *Staate* „nicht erlaubt", oder richtiger gesagt: was der Staat (das Staatsgesetz) als unsittlich angesehen wissen will — denn um bloß subjective Anschauungen, und wenn sie noch so vortrefflich wissenschaftlich begründet wären, kann es sich doch nicht handeln —, das ist auch „rechtlich nicht erlaubt". Aber ebenso gewiß ist es falsch, wenn Wach hinzufügt: „dennoch nicht verboten". Indem der Gesetzgeber Verträge, die contra bonos mores gehen, für nichtig erklärt, so thut er dies nicht bloß in demselben Sinne, wie er auch bisweilen an sich Erlaubtes, z. B. Verträge mit Minderjährigen ohne specielle Genehmigung des Vormunds, für nichtig erklärt, sondern er will offenbar gleichzeitig jene Verträge (contra bonos mores) resp. die Handlungen, auf die sie sich beziehen, für verboten erklären, oder wenn man lieber will: er setzt sie wenigstens als verboten voraus. Glaubt man

das Letztere nicht annehmen zu dürfen, sondern, an den Buchstaben des Gesetzes sich haltend, die Berechtigung einer solchen logischen Interpretation, einer Gesetzesauslegung aus der ratio legis heraus bestreiten zu müssen, so muß man consequenterweise auch behaupten, daß fast alle Verbrechen, die in unseren modernen Strafgesetzbüchern mit Strafe bedroht sind, nur unerlaubte und strafbare, dennoch aber nicht verbotene Handlungen seien. Denn die Verbote, die das Recht gegen die betreffenden Handlungen richtet, sind ebenfalls größtentheils nur implicite in anderen Rechtsnormen, will sagen in den Straffatzungen enthalten oder, wenn man lieber will, in diesen vorausgesetzt; als förmliche negative Befehle treten sie fast nirgends auf.

Eines muß ich allerdings Wach zugestehen: das nämlich, daß der Ausdruck „erlaubt" ursprünglich, d. h. als Participium Perfecti von „erlauben", nicht alles umfaßt, was nicht verboten ist, sondern vielmehr bloß das, was auf die Beseitigung oder Beschränkung eines schon vorhandenen oder doch irgend wie vorausgesetzten Verbotes zurückzuführen. Allein abgesehen davon, daß der Wach'schen Ansicht hiermit in keiner Weise gedient sein dürfte, wird sich auch schwerlich bestreiten lassen, daß der Begriff des Erlaubten, sofern das Wort „erlaubt" dem allgemeinen und wissenschaftlichen Sprachgebrauche gemäß als Adjectiv gebraucht wird, sehr viel weiter reicht; und danach ist „rechtlich erlaubt" nicht bloß, „was vom Rechte ausdrücklich zugelassen wird", sondern alles, „was im Einklang steht mit den Vorschriften des Rechts". Der Gegensatz dazu ist dann, „was irgendwie im Widerspruch steht mit Vorschriften des Rechts".

Und zwar ist dies ein nicht bloß conträrer, sondern ein contradictorischer Gegensatz: tertium non datur. Fraglicher mag sein, ob alles, „was im Widerspruch mit irgend einer Rechtsvorschrift steht", nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche als „rechtlich verboten" bezeichnet zu werden pflegt. Das Wort weist ursprünglich, ganz wie das vorher besprochene „erlaubt", auf ein vorausgegangenes Verbieten hin. Da nun das letztere Verbum zweifellos nur ein Befehlen in negativer Richtung ausdrückt, so ist verboten — als Participium Perfecti genommen — immer nur das, was im Widerspruch steht mit Rechtsvorschriften, die ein Unterlassen fordern, d. h. eben ein gewisses Handeln verbieten. Noch mehr: ich gebe zu, daß auch das Adjectiv „verboten" im gewöhnlichen Sprachgebrauche meist nur für dasjenige gebraucht wird, was einer negativen Forderung des Rechts zuwiderläuft, während man z. B. die bloße Nichterfüllung einer positiven Leistungsverbindlichkeit nicht als etwas Verbotenes anzuführen gewöhnt ist. Aber im Grunde liegt hier die Sache doch ähnlich, wie zuvor für das Adjectiv „erlaubt" erörtert worden ist, und jedenfalls dürfte der Satz: „Erlaubt ist sachlich identisch mit Nicht-verboten" von Allen, die ihn aufstellen und dabei nicht mit Lasson der Ansicht sind, daß das Recht nur verbiete, niemals Positives gebiete, so verstanden werden, wie ich denselben schon oben, sowie im Texte des § 130 zusätzlich interpretirt habe. Wer trotzdem Skrupel hat bezüglich solcher Interpretation, der streiche einfach in den fraglichen Sätzen das „Nicht verboten" und lese bloß: „Erlaubtsein = nicht im Widerspruch sein mit Vorschriften des Rechts". Daß da-

durch an meiner Auffassung der sog. erlaubenden Rechtssätze, wie sie im § 130 dargelegt ist, auch nicht das Mindeste geändert wird, bedarf keiner weiteren Bemerkung.

Direct gegen die Ausführungen Thon's über die imperativische Natur des Rechts richtet sich die Polemik von Binding (Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebg. u. Rechtsw., Bd. XXI [Jahrg. 1879], S. 544 ff.), A. Pernice (Grünhut's Zeitschrift f. Privat- u. öffentl. Recht VII, 474 ff.) und v. Bülow (Archiv f. civilistische Praxis, Bd. LXIV, S. 37, Anm. 23). Es ist daher leicht begreiflich, wenn diese Polemik öfters nicht den Grundgedanken Thons — der übrigens, wie bereits wiederholt bemerkt, gar kein neuer ist —, sondern bloß einzelne darauf bezügliche Erörterungen desselben trifft, die ich — wie das vorliegende Buch beweist — ebenfalls nicht für richtig halte. Ich bitte dies bei der nachfolgenden Vertheidigung zu beachten.

Beginnen wir mit v. Bülow, der a. a. O., abgesehen von einem Hinweise auf Merkel (Grünhut's Zeitschr. VI, 371 ff.) und Binding, auf die nachstehende kurze Bemerkung sich beschränkt:

> „Mit besonderer Eindringlichkeit spricht allerdings die ganze Anlage des Civilproceßrechts gegen die Thon'sche Theorie: Letztere ist mit dem hier (in der Bülow'schen Abhandlung selbst) dargelegten dispositiven, wesentlich auf Erlaubnisse und Ermächtigungen hinauskommenden Charakter des größern Theils der Proceßrechtsvorschriften völlig unverträglich."

Da dies eine bloße Behauptung ohne weiteren Beweis

ist, so darf ich mich ebenfalls darauf beschränken, in geradem Gegensatze dazu zu behaupten, daß die Theorie von der imperativischen Natur aller Rechtssätze nicht nur mit dem Charakter des Proceßrechts selbst, sondern auch mit weitaus den meisten in der citirten Bülow'schen Abhandlung niedergelegten und vielfach ganz vortrefflich begründeten Anschauungen sehr wohl verträglich ist. Es ist eben ein Irrthum so ziemlich aller Gegner der von mir getheilten Ansicht von der imperativischen Natur alles Rechts, daß wir auch die Thatsache leugnen wollten, daß sich Erlaubnisse und Ermächtigungen in zahlreichen Rechtsvorschriften, insbesondere auch in den dispositiven Proceßvorschriften finden, ja in der äußern Fassung der einzelnen Gesetzesbestimmungen oft viel unmittelbarer hervortreten, als dasjenige, was wir den Imperativ im Rechtssatze nennen. Was die Vertreter der angefochtenen Theorie (oder wenigstens ich für meine Person) wirklich behaupten, ist einzig dies, daß bei einer wirklich durchgreifenden Analyse irgend eines Rechtssatzes als rechtliches Residuum d. h. als wirkliches Product der Rechtsbildung schließlich immer und überall nur übrig bleibt ein oder mehrere Imperative. In welcher Weise diese Analyse zu vollziehen, ist einestheils (für die bloß „Erlaubnisse" enthaltenden Rechtsvorschriften) aus den §§ 130. 135, anderntheils (für die „Ermächtigungen") aus dem im Eingange dieses Excurses über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes „dürfen" Gesagten zu entnehmen.

Am freiesten von dem vorerwähnten Irrthum über den wahren Sinn der Theorie vom imperativischen Charakter

alles Rechts hat sich Pernice gehalten. Ja, er kommt derselben sogar so weit entgegen, daß er zugesteht:

> „Ganz gewiß ist es möglich, in jedem Rechtssatze einen Befehl oder ein Verbot zu finden."

Aber freilich fügt er sogleich hinzu:

> „Mit derselben Leichtigkeit oder Schwierigkeit aber lassen sich die Imperative der Rechtsordnung, vor allem des Privatrechts, auf erlaubende Normen zurückführen. Wenn die Vorenthaltung der fremden Sache untersagt, die Herausgabe angeordnet wird, so wird damit gestattet, die eigene Sache von jedem unbefugten Besitzer herauszuverlangen. Denn wie jeder Befugniß eine Pflicht, so entspricht jeder Verpflichtung ein Recht; man kann, wo es sich um eine positive Rechtsordnung handelt, immer Eines aus dem Andern ableiten."

Pernice irrt durchaus, wenn er meint, bezüglich des positiven Rechts würde das Letztere auch wohl von mir nicht bestritten. Dies würde vielmehr nur dann der Fall sein, wenn er in dem letzten Satze unter Befugniß ausschließlich das verstünde, was ich einen bedingten Anspruch nenne (vgl. oben S. 308 ff.). Das Beispiel, das Pernice im zweiten Satze bringt, würde zu dieser Annahme allenfalls stimmen; in der „Gestattung, etwas von Anderen zu verlangen", liegt wenigstens in der Regel die Anerkennung eines Anspruchs gegen Andere. Und danach wäre die völlig imperativische Natur alles Rechts im Wesentlichen zugestanden; denn Inhalt eines Anspruchs ist, wie schon in Th. I, § 105, S. 144 angedeutet und im dritten und vierten Abschnitte dieses Buchs weiter ausgeführt

ist, stets dieselbe Norm, die auf der andern Seite als Inhalt einer Pflicht erscheint. Soll dagegen unter Befugniß nicht bloß ein bedingter Anspruch von der im Eingange dieses Excurses besprochenen Art verstanden werden, sondern auch ein einfaches Erlaubtsein, so kann ich nur mit aller Entschiedenheit leugnen, daß aus einer vom Standpunkte des positiven Rechts anzunehmenden Befugniß sich stets oder auch nur in der Regel eine gerade dieser Befugniß correspondirende Pflicht ableiten lasse. Vom Standpunkte des positiven Rechts aus befugt (in dem letztgedachten Sinne) ist Jeder zu jedem, was nicht im Widerspruch steht mit dem positiven Rechte. So viel ist aber sicherlich unrichtig, daß jeder solchen Befugniß, jedem rechtlichen Dürfen oder Erlaubtsein eine besondere entsprechende Pflicht gegenüberstehe, ja ich gehe sogar so weit, zu behaupten, daß dem bloßen Dürfen oder Erlaubtsein niemals eine besondere, speciell correspondirende Pflicht gegenübersteht, daß vielmehr überall, wo dies scheinbar der Fall ist, nicht bloß ein Dürfen, sondern zugleich ein Anspruch vorliegt, mindestens ein bedingter.

Entspricht etwa unserer Befugniß, uns unser Leben nach unserm Belieben einzurichten, eine allgemeine Pflicht, alles zu unterlassen, was uns darin stören könnte? Oder entspricht etwa gar der Befugniß zu jeder einzelnen geistigen oder äußern Thätigkeit, z. B. zum Essen und Trinken, eine besondere Verpflichtung Anderer, solchen Thätigkeiten schlechthin kein Hinderniß in den Weg zu legen? — Zweifellos nicht.

Doch da handelt es sich um keine Rechtsacte, sagt Pernice. Ich könnte hierauf zunächst erwidern: Erstens macht der gemeine Sprachgebrauch, wie auch der ältere juristische, keinen derartigen Unterschied zwischen einem Befugtsein zu Rechtsacten und zu anderen Handlungen; der Ausdruck „Recht, etwas zu thun" wird thatsächlich für beides gebraucht. Zweitens steht für uns ja gerade zur Frage, ob ein wesentlicher juristischer Unterschied besteht zwischen dem Dürfen in Bezug auf alles Denkbare und dem Dürfen in Bezug auf das, worauf Pernice seine Behauptungen allein bezogen wissen will; es ist also eine petitio principii, wenn er eine gewisse Summe von Thätigkeiten unter dem Titel „Rechtsacte" herausgreift und nur das auf sie bezügliche Dürfen oder Erlaubtsein der Erörterung werth hält. Drittens vermisse ich eine bestimmte Erklärung darüber, was denn nach Pernice's eigener Meinung „Rechtsact" sei; ob etwa jeder Act, der ausdrücklicher staatlicher Anerkennung sich erfreut, welchesfalls das oben gegen Wach Gesagte hier theilweise zu wiederholen wäre, oder von den staatlich ausdrücklich erlaubten Acten nur die, welche durch Staatsgesetz im engern Sinne erlaubt sind, oder auch unter diesen nur eine gewisse Gruppe.

Beschränken wir uns indeß — wie dies meiner eigenen Meinung über Rechtsacte entspricht — lieber auf die Erörterung einiger Fälle, in denen es sich auch nach Pernice's Meinung sicherlich um die Befugniß zu Rechtsakten handelt. Ich nenne beispielsweise die Befugniß, eine herrenlose Sache zu occupiren; die Befugniß, einen Kaufcontract zu

schließen, und ähnliche. Daß es in den hier genannten Fällen sich nicht bloß um ein Dürfen, sondern um ein sog. „rechtliches Können" handelt, und daß in letzterem stets auch ein bedingter Anspruch steckt, dem eine bedingte Pflicht entspricht, ist bereits mehrfach (z. B. §§ 148. 158 f. 164) erörtert worden. Allein sofern und soweit die genannten Befugnisse sich zunächst nur darstellen als ein Handeln-dürfen bestimmter Art, kann auch hier von einer gegenüberstehenden Pflicht gar nicht die Rede sein. Dem Occupiren-dürfen entspricht durchaus keine Pflicht für Andere, die fragliche Sache nicht zu occupiren; dem Verkaufen- oder Kaufen-dürfen ebenso wenig eine Pflicht für Andere, das Zustandekommen eines Kaufcontracts nicht zu stören, also insbesondere des Angebots ähnlicher Gegenstände, bez. der Nachfrage nach solchen sich zu enthalten. Wo ausnahmsweise einem Kaufendürfen eine Pflicht zum Verkaufen gegenüberzustehen scheint, wie beim Vorkaufsrechte, da liegt eben in Wahrheit nicht bloß ein Kaufen-dürfen, sondern zugleich ein Anspruch vor, dessen Inhalt — gleich dem der correspondirenden Pflicht — etwa folgendermaßen lautet: „Du sollst deine Sache nicht verkaufen, ohne sie vorher in bestimmter Weise (zu einem im Voraus bestimmten oder zu dem von anderer Seite gebotenen oder sonstwie festzustellenden Preise) mir (oder vom Standpunkte des Verpflichteten ausgedrückt: dem Anspruchsinhaber) angeboten zu haben." Was für weitere Ansprüche hieran noch für den Fall der Nichtbeobachtung dieses Rechtsgebots sich anschließen, kann gegenwärtig bei Seite bleiben.

Ganz ähnlich liegt die Sache mit den Beispielen, die

Pernice selbst anführt (a. a. O. S. 481). Im commercium und connubium, im jus suffragii und honorum, überall stecken Ansprüche, mindestens bedingte, oder m. a. W. Imperative, mindestens hypothetische („Wenn —, so soll—“). Wenn insbesondere Pernice rücksichtlich des jus honorum bemerkt:

> „Unter besonderen Imperativen steht das Letztere nicht; es bedeutet lediglich, daß, wenn Jemand die auf ihn gefallene Wahl annimmt, alle das Amt sichernden Normen auf ihn anwendbar werden. Und auch diese Fähigkeit beruht auf einem Rechtssatze“, —

so bejaht er in Wahrheit, was er verneinen will. Normen, die das Amt sichern, können nur Normen sein, die Anderen Pflichten bezüglich des betreffenden Amts resp. Beamten auferlegen. Darnach ergiebt sich für den Rechtssatz, durch welchen für Jemand das jus honorum, „das passive Wahlrecht“ begründet wird, als nothwendiger Inhalt der, daß für den Fall des Eintritts gewisser Bedingungen denjenigen, an welche sich jene Amt-sichernden Normen richten, geboten wird, einer bestimmten Person gegenüber jenen Normen gemäß zu handeln. Was in solchem Falle rechtliche Fähigkeit der letzteren Person heißt, ist nichts anderes, als der mit dem letztgedachten Gebote der betreffenden Person bedingter Weise zuerkannte Anspruch, d. h. der Anspruch, bei Eintritt jener Bedingungen, zu denen auch ein bestimmtes Handeln seitens der betreffenden Person selbst gehört, den Amt-sichernden Normen gemäß behandelt zu werden. Die Fähigkeit dagegen zu dem Handeln, das eine Mitbedingung hierfür ist, erscheint als gar nichts Rechtliches; sie muß von Natur da sein; das

Gesetz kann sie nicht geben, sondern nur voraussetzen. (Vgl. oben S. 56. 72.)

Am seltsamsten berührt mich die Berufung Pernice's auf fr. 2 § 9 ne quid in l. publ. 43, 8. Daß ein in mari piscari (aut navigare) ebenso wenig ein Rechtsact, auch im Sinne Pernice's (a. a. O. S. 479) ist, wie das von Ulpian zugleich genannte in campo publico ludere oder in publico balineo lavare oder in theatro spectare, scheint mir zweifellos. Denn wollte man diese Thätigkeiten etwa bloß darum für Rechtsacte halten, weil eine Hinderung in denselben zur Anstellung der injuriarum actio berechtigen kann, so würde das viel verspottete „sich seiner Nase zum Riechen bedienen" erst recht ein Rechtsakt sein. Was in allen von Ulpian angenommenen Fällen verletzt ist, was hier wie überall die Voraussetzung der injuriarum actio bildet, ist ein ganz abgesehen von der Befugniß zu den gedachten Thätigkeiten bestehender, allgemeiner Anspruch, resp. eine allgemeine Norm, etwa dahin lautend: „Hütet euch, die Persönlichkeit Anderer anzutasten!"

Wenn Pernice endlich darauf hinweist, „die a. doli und quod metus c. richte sich am letzten Ende gegen die Unsittlichkeit, die darin liegt, daß man Jemandes Willensfreiheit bei Errichtung von Rechtsgeschäften beeinträchtigt", so kann ich dies vollständig unterschreiben. Ich leugne auch gar nicht, daß damit „die Freiheit der Willenserklärung geschützt werden" soll. Aber ich meine mit Thon, daß ein solcher Schutz gar nicht anders möglich ist, als durch Verbot der Beeinträchtigung der Willensfreiheit und resp. durch weitere Gebote für den Fall der Uebertretung dieses Verbots.

Ich kann mir nun freilich nicht verhehlen, daß Pernice über die vorausgehenden Erörterungen vielleicht das gleiche Urtheil fällen wird, das er gegen Thon gefällt hat (a. a. O. S. 477):

„Die Form der einzelnen Rechtsnormen wird übermäßig betont und dabei der Zweck der Rechtsordnung beiseite gelassen. Wenn dieser Zweck, kurz gesagt, die Sicherung der menschlichen Lebensbedingungen ist, so kann derselbe jedenfalls ebenso gut durch Gewährung, wie durch Gebote erreicht werden."

Allein gerade in diesen beiden Sätzen scheint mir der Kernfehler der ganzen Pernice'schen Deduction zu liegen.

Zuvörderst wird der erste Satz nur verständlich unter Voraussetzung einer falschen Fragestellung. Wenn wir behaupten, das gesammte Recht bestehe im Grunde in Imperativen, oder als Product der Rechtsbildung selbst bleibe bei gründlicher Analyse schließlich immer nur ein Complex von Normen übrig, so soll das stets nur eine Antwort auf die Frage sein: Was ist der formale Charakter oder, was dasselbe besagt, die logische Natur des Rechts? Bei Beantwortung dieser Frage aber kann von übermäßiger Betonung der Form höchstens da die Rede sein, wo jener formale Charakter allzusehr in der mehr oder weniger zufälligen sprachlichen Gestaltung der einzelnen Gesetzesbestimmungen gesucht wird, d. h. wo unter Form etwas ganz anderes verstanden wird, als was jene Frage darunter verstanden wissen will. Dagegen gehört die Berücksichtigung des Zweckes der Rechtsordnung gar nicht zur Beantwortung der in Rede befangenen Frage; wenn eine solche

Hereinziehung dennoch erfolgt, erscheint sie als unzulässige *μεταβάσις εἰς ἄλλο γένος*.

Die natürliche Consequenz hiervon ist, daß der Schluß, den Pernice im zweiten Satze macht, die Sache selbst nicht trifft. Daraus, daß Zweck des Rechts Sicherung der menschlichen Lebensbedingungen oder was sonst immer ist, folgt schlechthin gar nichts darüber, wie das Recht diesem Zwecke dient. Vielmehr bleibt auch nach Feststellung des Rechtszwecks die doppelte Frage übrig: 1) Was kann überhaupt Mittel zur Erreichung dieses Zweckes sein? 2) Was kann speciell das Recht hierzu leisten? Nur eine — überdies nicht ganz klare — Antwort auf die erste Frage ist es, wenn Pernice sagt, der gedachte Zweck werde „ebenso gut durch Gewährung, als durch Gebote erreicht". Die letztere Frage aber schließt gerade die Frage vollständig in sich, welche nach dem Obigen allein Gegenstand unserer Erörterung ist, die Frage nach dem formalen Charakter des Rechts.

Freilich meint Pernice wohl auch die letztere Frage zugleich mit beantwortet zu haben, wenn nicht schon durch den obigen Satz, so doch durch den sogleich daran anschließenden Zusatz:

> „Es kommt praktisch nur darauf an, daß die Staatsangehörigen, daß vor Allem die Richter wissen, wie weit der Einzelne gehen darf, was jedem zugetheilt sei. Das Ergebniß ist stets die Schöpfung von Rechtskreisen, innerhalb deren sich der Einzelne ohne Rücksicht auf Andere, also egoistisch frei bethätigen darf."

Allein genauer besehen, weisen diese letzteren Sätze genau

den gleichen Fehlschluß auf, wie die vorher besprochenen. Weder aus dem Satze, daß „Gewährung" ein ebenso gutes Mittel zur Sicherung der menschlichen Lebensbedingungen sei, noch aus einer Beobachtung darüber, worauf „es praktisch ankommt", sind Schlußfolgerungen zu ziehen auf die formale, logische Natur der geltenden Rechtssätze. Ob oder in welchem Sinne von einer Schöpfung von Rechtskreisen, wie sie Pernice schildert, gesprochen werden kann, ist eine Sache ganz für sich; eine derartige Thatsache oder auch nur — die Thatsache vorausgesetzt — deren eigenthümlichen formalen Charakter können wir niemals aus Betrachtungen von der vorausgeschickten Art entnehmen. Man kann wohl von einem gegebenen Etwas auf den bestimmten Zweck schließen, dem jenes Etwas als Mittel dient, nicht aber von einem gegebenen Zwecke auf die Beschaffenheit eines bestimmten Mittels.

Ich verzichte darauf, hier noch weitere Ausführungen Pernice's zu kritisiren, in denen er ebenfalls vom Gesichtspunkte des Zwecks aus operirt; habe ich doch auch die vorstehende Erörterung nur darum ausführlicher gehalten, weil Pernice selbst immer wieder auf die Nichtberücksichtigung dieses Gesichtspunkts als auf einen vermeintlichen Mangel der von ihm angegriffenen Anschauungen zurückkommt und gerade durch die Berücksichtigung jenes Gesichtspunkts sich verführen läßt, das zu verkennen, worauf es wirklich bei unserm Streite ankommt. Kein Mensch bestreitet ja in Wahrheit, daß das Recht den Menschen unendlich Vieles gewähre, daß jedem Menschen durch das Recht ein gewisser Rechtskreis zugetheilt sei u. dgl. m. Aber die

Frage ist: wie das Recht dies fertig bringt? Und eben diese Frage, die von unseren Gegnern gar nicht ernstlich in Angriff genommen wird, beantworten wir unsererseits dahin: nur vermittelst Imperativen.

Man stelle sich doch einmal unbefangen eine Gesammtheit von Menschen vor, die, ohne jede Rechtsordnung lebend, keine Ahnung hat von einem Gebot oder Verbote. Ich will damit Niemandem den Glauben aufdringen, ein solcher Zustand habe irgendwo jemals existirt, wie dies die Meinung der älteren Naturrechtslehrer war. Es handelt sich einzig um eine Abstraction oder, wenn man will, Fiction, wie solche bisweilen — nach dem unwiderleglichen Zeugnisse der exacten Wissenschaften — für eine wissenschaftliche Untersuchung sehr förderlich sein kann. Nun setze man weiter voraus, eine solche Gesammtheit bekomme das erste Stück Rechtsordnung oder, sagen wir lieber, den ersten Rechtssatz. Was könnte derselbe den Gliedern der gedachten Gesammtheit wohl gewähren, es sei denn als Imperativ? Spräche er nur aus, die Handlung a sei erlaubt, die Sache b dürfe von dem, der sie unter den Händen habe, genützt werden oder Aehnliches, so würde ein solcher Ausspruch den betreffenden Individuen höchstens als ein nicht ganz verständlicher Versuch erscheinen, etwas schon zuvor in der betreffenden Gesammtheit Vorkommendes darzustellen. Anders stände es schon, wenn der Satz dahin lautete: Die Handlung a soll erlaubt sein, die Sache b soll von dem, der sie in Händen hat, benutzt werden dürfen. Vielleicht würden hier die Angeredeten aus der imperativischen Form wenigstens den Willen herausfühlen, ihnen etwas zu gewähren,

wenn es ihnen auch nicht recht einleuchten dürfte, daß ihnen damit wirklich etwas gewährt werde. In der That wird ihnen auch in solchem Falle so lange nichts gewährt, bis der betreffende Imperativ, nach welchem etwas erlaubt sein soll, sich als Abschwächung eines andern, statt Gewährung vielmehr Belastung enthaltenden Imperativs darstellt. Dagegen enthalten gerade die letzterwähnten belastenden Imperative, Verbote oder Gebote, eine sofortige Gewährung für alle diejenigen, zu deren Gunsten die Belastung des Andern dienen soll.

Oder um noch einen andern Weg, der zu dem gleichen Ziele führt, zu beschreiten, versetzen wir uns auf den Standpunkt des Gesetzgebers und fragen: wie kann der Gesetzgeber als solcher in Wahrheit etwas gewähren? Das einzige Mittel der Gewährung ist für ihn die Form des Gesetzes. In dieser Form aber kann der Gesetzgeber — wer es sonst auch sein mag — Niemandem den Gegenstand des Genusses unmittelbar liefern; er kann auch nicht die Sicherung der menschlichen Lebensbedingungen dadurch bewirken, daß er selbst direct als Wächter auftritt, und wo er Letzteres wirklich thut, handelt er nicht als Gesetzgeber. Was er wirklich vermag, was sich wirklich durch ein Gesetz herbeiführen läßt, ist einzig dies, daß diejenigen, welche dem Gesetze Gehorsam schulden, veranlaßt werden, entweder sich gegenseitig etwas Positives zu leisten (zum Genusse darzubieten oder wie man sonst sagen will), oder doch des Eingreifens in die Thätigkeit, in den Genuß des Andern, soweit der letztere nicht gewisse Grenzen überschreitet, sich zu enthalten. Und wodurch anders wirkt der

Gesetzgeber dies, wenn nicht durch sein Wort als Ausdruck seines Willens, und zwar eines Willens, der sich an Andere richtet, d. h. durch Imperative?

Binding (a. a. O. S. 569f.) meint freilich, um „eine Sache einer Person ausschließlich zum Vollgenuß zu überweisen“ oder, wie er lieber sagen würde, „die Sache der Gewalt eines Menschen zu unterwerfen und dadurch ein Recht dieser Person zu constituiren“, „dazu bedürfe es keines Imperativs“. Schade nur, daß auch er consequent darüber schweigt, wie der Gesetzgeber dergleichen fertig bringt. Was heißt denn „eine Sache der Gewalt eines Menschen unterwerfen durch Gesetz“? Kann das Gesetz etwa dem betreffenden Menschen die zur Beherrschung der Sache nöthige physische Kraft geben? oder die nöthige Einsicht, um damit Alles zu machen, was sich damit machen läßt? Meines Wissens nicht. Oder kann das Gesetz die Einwirkungen der äußeren Natur auf die Sache aufheben? So viel ich sehen kann, höchstens insofern, als es von lebendigen Menschen fordert, daß sie in bestimmter Weise den Elementen entgegenarbeiten, also mittelst Befehls an die, von denen es Gehorsam erwarten kann, d. h. an die Rechtsgenossen, sei es nun an alle, sei es nur an eine gewisse Kategorie, z. B. eine bestimmte Klasse von Staatsbeamten. Und was vermag der Gesetzgeber sonst zu thun, um Jemandem den Genuß oder die Gewalt über eine Sache zu sichern vor Störungen, die aus einem feindlichen Verhalten von Menschen resultiren könnten, als diesen Menschen solche Störungen zu verbieten und eventuell andere Menschen zum Einschreiten gegen die Störenfriede aufzurufen? Ganz davon

zu schweigen, daß selbst in den verhältnißmäßig wenigen Fällen, wo der Staat durch seine Organe den Einzelnen gewisse Sachen, besonders Geld, Waffen u. dgl., direct in die Hände giebt, der Staat hier offenbar nicht als Gesetzgeber, sondern in Befolgung von Gesetzesgeboten oder daran anschließenden Verordnungen, also wiederum gemäß gewissen rechtlichen Imperativen, handelt.

Daß ich mit alledem durchaus nicht die Thon'sche Lehre vom subjectiven Rechte vertheidigen will, gegen welche sich die soeben widerlegte Bemerkung Binding's speciell richtet, betone ich nur darum nochmals, weil Binding bei seiner großen Lebendigkeit fremde Ansichten ungewöhnlich oft mißversteht. Auch meine auf den vorliegenden Gegenstand bezüglichen Bemerkungen in Th. I, S. 157 f. hat er völlig mißverstanden (a. a. O. S. 562 Anm.), was für aufmerksame Leser des ganzen § 115 keiner weitern Auseinandersetzung bedarf. Andererseits ist darauf hinzuweisen, daß in die gegenwärtige Erörterung die Frage nach dem Begriff des subjectiven Rechts überhaupt nicht hereingezogen werden darf. Selbst wenn es wahr wäre, daß es von unserer Auffassung über den formalen Charakter der Rechtssätze gar keine Brücke gebe zu dem Begriff des subjectiven Rechts — während in Wahrheit Binding diese Brücke nur nicht sieht —, so würde daraus gar kein Schluß zu ziehen sein auf die Unrichtigkeit unserer Anschauung vom objectiven Rechte. Denn so gewiß auch unsere Wissenschaft einen innern Zusammenhang zwischen objectivem und subjectivem Rechte voraussetzt, und zugleich den Inhalt dieser Voraussetzung durch zwei, eine be-

stimmte Relation ausdrückende Zusatzbezeichnungen zu einem und demselben Worte andeutet, so gewiß ist und bleibt dies so lange eine bloße Voraussetzung, als nicht selbständige Untersuchungen des einen wie des andern Begriffs eine Bestätigung derselben ergeben, — eine Voraussetzung, die bei entgegengesetztem Resultate dieser selbständig geführten Untersuchungen sich eben als falsch erweisen würde.

Theils aus dem letzterwähnten Grunde, theils mit Rücksicht auf die eingehenden Erörterungen der Abschnitte III bis IX des vorliegenden zweiten Buches glaube ich von einer Kritik desjenigen Theils des Binding'schen Aufsatzes, der sich mit dem Verhältniß zwischen objectivem und subjectivem Rechte beschäftigt, einfach absehen zu dürfen. Um so mehr erfordert die Ausführung Binding's über die Bedeutung des „Gesetzesbefehls" unsere Aufmerksamkeit. In der That wird hiermit der eigentliche Kern der Frage berührt. Wenn es Binding gelungen wäre, hier eine andere Auffassung zu begründen, als die von uns in § 129 charakterisirte, so würde damit die Behauptung der imperativischen Natur aller Rechtssätze zwar noch immer nicht widerlegt, wohl aber eines der bedeutsamsten Argumente beraubt sein.

Binding selbst giebt zu (a. a. O. S. 551), daß unter der gewöhnlichen Voraussetzung, daß die Sanction eines Gesetzentwurfs oder m. a. W. das Aussprechen des Gesetzesbefehls als ein Act anzusehen ist, wodurch die Befolgung der Gesetzesvorschriften befohlen und angeordnet wird, jeder im Gesetz enthaltene Rechtssatz als eine Norm, als ein Imperativ angesehen werden muß. Allein er meint, daß

„zwingende Gründe" jener Voraussetzung im Wege stehen. Lassen wir ihn zunächst selbst hierüber reden:

„Angenommen — aber nicht zugegeben —, daß jeder Rechtssatz einen solchen Befolgungsbefehl enthielte; angenommen ferner, daß jeder Rechtssatz durch Aussprechen eines solchen Befehls entstände: wie würde sich erklären, daß der Rechtssatz entstehen kann, lange bevor er in Kraft tritt, daß es Gesetze gegeben hat, die nie praktisch gegolten haben? Der Befehl, einem Satze als Rechtssatz nachzuleben, ist doch identisch mit dem Befehl, der Rechtssatz solle in Kraft treten; dieser letztere Befehl ist aber ein ganz anderer als der feierliche Imperativ: ita jus esto."

Auf Grund der letzteren Beobachtung unterscheidet Binding den eigentlichen Gesetzesbefehl (das ita jus esto) und den „Befehl, das Gesetz solle in Kraft treten". Der erstere ist nach Binding

„eine feierliche Willenserklärung, daß etwas, was Recht bis dahin nicht war, die Qualität des Rechtsatzes fürderhin an sich tragen soll: er ist ein Schöpfungsact und der Imperativ ita jus esto erklärt sich nur aus dem Zweifel vor demselben, den er zurückscheucht: er entscheidet die Frage, ob — oder ob nicht? Man kann allenfalls befehlen, daß etwas Recht werden soll, denn da ließe sich allenfalls eine Thätigkeit zwecks Ausführung dieses Befehls denken; man kann nicht „befehlen", daß etwas Recht sein soll: denn solcher Befehl läßt sich gar nicht ausgeführt denken; wohl aber kann man etwas zum Rechte machen. Indem der Gesetzgeber

ein Gesetz schafft, schafft er zunächst eine ideale Ordnung: die Ordnung, wie sie im Gesetze gedacht ist, erscheint ihm als die der Gerechtigkeit am besten entsprechende: deshalb erhebt er sie zur idealen Rechtsordnung. Dies geschieht zwar im Hinblick auf eine künftige praktische Durchführung dieser Ordnung; allein die Gesetzessanction bedeutet zunächst nichts weiter, als: diese Ordnung ist die gerechte Ordnung und deshalb wird sie gebilligt."

In ganz ähnlicher Weise ist aber nach Binding's Meinung auch der „Befehl, das Gesetz solle in Kraft treten", zu deuten:

„Wie das ita jus esto nur eine authentische Erklärung über das Dasein des Gesetzes, so der sog. Befehl, es solle in Kraft treten, nur eine authentische Erklärung über den Anfang seiner Rechtswirksamkeit."

Ein Befolgungsbefehl oder eine Norm (welche einem handlungsfähigen Menschen eine Handlung oder Unterlassung anbefiehlt) ist also — schließt Binding — weder das ita jus esto noch der sog. „Befehl, das Gesetz solle in Kraft treten".

Welche Fülle von Mißverständnissen und Widersprüchen ist in der vorstehenden Binding'schen Ausführung, deren Inhalt ich — mit einer einzigen nachher zu berührenden Ausnahme — möglichst vollständig mitgetheilt habe, zusammengehäuft!

Zuvörderst ist das Bedenken, von dem Binding ausgeht, nicht nur ein müßiges, sondern zugleich ein Zeugniß gegen ihn selbst. Das Letztere: weil es consequent durchgedacht dazu führen mußte, überhaupt jede Existenz von Normen im Rechte oder wenigstens in Gesetzen zu leugnen, wovon Binding

natürlich weit entfernt ist; das Erstere: weil in Wahrheit gar keine Schwierigkeit vorliegt, das Verhältniß zwischen der Entstehung des Gesetzes selbst und dem Inkrafttreten ganz einfach so zu denken, wie den Abschluß eines Vertrags unter gleichzeitiger Bestimmung resp. unter Vorbehalt späterer Bestimmung eines terminus a quo, oder — vielleicht noch besser — nach Analogie einer Testamentserrichtung. Wie der Vertrag auf dem Gebiete des Privatrechts perfect und in diesem Sinne gültig ist mit dem Momente, wo die Willensübereinstimmung der Paciscenten in der vom betreffenden positiven Rechte verlangten Form constatirt ist, wie das Testament gültig ist, sobald es in gesetzlicher Form errichtet ist, so auch das Gesetz mit dem Momente, wo der Wille des Gesetzgebers in der für Gesetze erforderlichen verfassungsmäßigen Weise erklärt ist. Der beste Beweis für diese volle Gültigkeit liegt darin, daß für die Wiederaufhebung es durchaus gleichgültig ist, ob das aufzuhebende Gesetz schon „in Kraft getreten" oder m. a. W. der terminus a quo bereits eingetreten war oder nicht. Wenn wir trotzdem im gemeinen Sprachgebrauche keinen Anstand nehmen zu sagen, das Gesetz von dem und dem Tage „gelte noch nicht", so brauchen wir hier den Ausdruck „gelten" in einer andern Bedeutung als im erstern Falle. Wir wollen hiermit, gleichwie mit dem juristisch-technischen Ausdrucke, „das Gesetz sei noch nicht in Kraft getreten", in Wahrheit nur sagen, daß das Gesetz, obgleich es an sich gilt d. h. an sich verbindlich ist, sofern es überhaupt Gesetz ist, doch nur gelte für eine spätere Zeit, d. h. daß die Pflichten, die es auferlegt, erst erfüllt werden sollen, daß die An-

sprüche, die es anerkennt, erst erhoben werden sollen, oder m. a. W. daß der Norm erst nachgelebt werden soll von einem gewissen späteren Zeitpunkte an. Daraus ist aber zugleich zu entnehmen, — und eben dies hat Binding seltsamer Weise völlig übersehen —, daß der „Befehl, das Gesetz solle in Kraft treten", überhaupt gar nicht zu vergleichen ist mit dem Gesetzesbefehl, sondern vielmehr zum Inhalt des Gesetzes gehört, gleichviel ob nun der Termin des Inkrafttretens als ausdrückliche Bestimmung im betreffenden Gesetze selbst figurirt (also analog der Bestimmung des Termins der Uebergabe in einem Kauf- oder Miethcontracte), oder, wie dies die Regel bildet, stillschweigend auf Grund einer allgemeinen Bestimmung eines andern Gesetzes vorausgesetzt wird, oder endlich erst nachträglich bestimmt werden soll. Ja, im letztern Falle tritt bei näherer Betrachtung der Irrthum Bindings am allereclatantesten heraus. Denn es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß die Vorschrift, wann ein Gesetz in Kraft treten soll, immer nur rechtliche Kraft hat, sofern sie selbst durch ein Gesetz, resp. zufolge ausdrücklichen gesetzlichen Auftrags durch eine Gesetzesstelle vertretende Verordnung sanctionirt ist. Gehörte nun der Befehl, das Gesetz solle in Kraft treten, nicht zum Inhalt des Gesetzes, müßte derselbe vielmehr noch außerdem hinzukommen, so wäre er natürlich auch für jenes zweite Gesetz unentbehrlich, welches bloß den Anfangspunkt der Wirksamkeit, will sagen der Befolgung des ersten Gesetzes bezeichnen soll. Und so kämen wir offenbar zu einer Reihe ohne Ende, einerseits von Gesetzen und resp. Gesetzesbefehlen, andererseits von „Befehlen, das Gesetz

solle in Kraft treten". Fassen wir dagegen die Befehle der letztgedachten Art als Gesetzesvorschriften, als zum Inhalt der Gesetze gehörige Rechtssätze, so erklärt sich höchst einfach, wie es auch vorkommen kann, daß ein Gesetz weiter gar keinen Inhalt hat als die Bestimmung, ein bestimmtes anderes Gesetz solle an dem und dem Tage in Kraft treten, d. h. von dem und dem Tage ab beobachtet, befolgt, zur Ausführung gebracht werden.

Sehen wir uns ferner dasjenige an, was Binding selbst über das Wesen des Gesetzesbefehls sagt, so kann es nach dem Vorbemerkten nicht Wunder nehmen, wenn wir hier wiederum widerspruchsvolle und zum Theil geradezu unverständliche Behauptungen neben einander finden. Wenn Binding sagt: „der Gesetzesbefehl ist kein Befehl, sondern er ist eine feierliche Willenserklärung, daß etwas, was Recht bis dahin nicht war, die Qualität des Rechtssatzes fürderhin an sich tragen soll u. s. w.", so macht er damit mindestens zwei logische Fehler auf einmal. Erstens setzt er die Natur des Rechts bereits als etwas Bekanntes und zwar als etwas Nicht-Imperativisches voraus, um die ihm unbequeme Form des Gesetzesbefehls in entsprechender Weise umdeuten zu können, während der Zweck seiner Untersuchung doch gerade dahin geht, jenes erst zu erweisen und zu diesem Behufe die aus dem Charakter der Gesetzgebung und speciell des Gesetzesbefehls für die imperativische Natur des Rechts entnommenen Gründe zu widerlegen. Er bewegt sich also augenscheinlich im Zirkel. Zweitens hebt er durch seine eigensten Behauptungen die Leugnung der Befehlsnatur des Gesetzesbefehls wieder auf. Ich will

nur beiläufig bemerken, daß dem gewöhnlichen gesunden Menschenverstande die im Gesetz auftretende „Erklärung“, daß etwas sein oder werden solle, gleich dem Satze ita jus esto, schon in Folge des sprachlichen Ausdrucks ebenfalls als ein Imperativ erscheint; auch der Ungebildetste fühlt aus solcher Erklärung die Forderung von Gehorsam gegenüber dem Gesetze heraus, wie er sich auch im Uebrigen die Sache auslegen mag. Wichtiger aber noch ist mir der von Binding gebrauchte Ausdruck „Willenserklärung“. Wie für den Willen selbst, so ist auch für die Willenserklärung nur ein zweifacher Inhalt denkbar. Alles Wollen kann sich nur beziehen auf ein zukünftiges Verhalten entweder des Wollenden selbst oder Anderer, und zwar könuen diese Anderen — wenigstens sofern wir von einem Wollen von Menschen reden — vernünftiger Weise auch nur Menschen oder allenfalls (in beschränktem Maße) Thiere sein. Ein Wollen, das sich anscheinend direct auf das Verhalten von Sachen (diesen Ausdruck im Gegensatze zu lebendigen Wesen gebraucht) bezieht, richtet sich in Wahrheit immer an ein Lebendiges, das mit einer Sache etwas vornehmen soll, nämlich wiederum entweder an den Wollenden selbst oder an Andere. Wenn Jemand als seinen Willen erklärt, eine Maschine solle das und das leisten, so bezeichnet er damit immer nur eine Aufgabe, die er entweder sich oder Anderen stellt, nämlich die Maschine so zu construiren, daß sie unter den zugleich vorausgesetzten Bedingungen in der gewünschten Weise functionirt, resp. wenn die Maschine bereits vorhanden ist, die zu ihrer specifischen Wirksamkeit erforderlichen Bedingungen herbeizuführen. Nun würden

außer Binding, der eine ähnliche Behauptung in der Thai schon früher bei Erörterung des Begriffs des Strafgesetzes aufgestellt hat, nur sehr wenig Leute daran glauben, daß es Gesetze oder auch nur einzelne Rechtssätze in den Gesetzen gebe, in denen der Gesetzgeber bloß von sich selber etwas fordere. Dies schon darum nicht, weil die Annahme solcher gesetzgeberischer Monologe wiederum schlechterdings nicht paßt zu dem für das Gesetz als Ganzes maßgebenden Wörtchen „verordnen", das durchaus nur dazu gemacht erscheint, einen Willen auszudrücken, der sich auch auf das Verhalten Anderer als des Wollenden selbst bezieht. Was aber ist ein Imperativ anders, als die Erklärung eines Willens, der von Andern etwas will?

Freilich einige Sätze weiter denkt Binding bereits auch daran nicht mehr, daß er selbst den Gesetzesbefehl als solenne Willenserklärung bezeichnet hat. Denn wenn „die Gesetzessanction zunächst nichts weiter bedeutet, als daß die Ordnung, wie sie im Gesetze gedacht sei, die gerechte Ordnung sei und deshalb gebilligt werde", so ist sie offenbar — wenigstens „zunächst" — keine Willenserklärung, sondern Erklärung einer Ansicht über den Werth der betreffenden „Ordnung", allerdings „im Hinblick auf eine künftige praktische Durchführung dieser Ordnung". Einer besonderen Widerlegung bedarf diese letztere Auffassung wohl nicht; die Verwechselung des maßgebendsten Motivs aller Gesetzgebung mit der Gesetzgebung selbst liegt auf der Hand. Dagegen kann ich den Wunsch nicht unterdrücken, daß bei Erörterungen über die vorliegende Frage doch künftig Phrasen, wie „Schöpfung

einer idealen Ordnung", „Erhebung zur idealen Rechtsordnung" u. dgl. bei Seite bleiben möchten. Sätze, wie die von Binding mit diesen Ausdrücken gebildeten, kann allenfalls Jeder unterschreiben, dem es auf etwas mehr oder weniger Unklarheit nicht ankommt; einen bestimmten Sinn bekommen sie jedenfalls erst durch die Vorstellung, welche man von einer solchen „idealen Ordnung" hat. Und das ist ja gerade die zu erörternde Frage, welche Vorstellung hiervon die richtige, ob jene Ordnung ein Complex von Imperativen ist oder nicht, und welche Argumente für oder wider diese Meinung aus der formalen Beschaffenheit der positiven Gesetzgebung sich ergeben.

Nicht besser übrigens, als mit den bisher besprochenen, steht es um das eine bisher von mir übergangene Argument Bindings (a. a. O. S. 553): „Der Satz: ‚Ich will, daß etwas Recht sei' — könnte zum Befolgungsbefehl nur dadurch werden, daß das, was Recht sein soll, ein Befolgungsbefehl ist." Auf den ersten Anblick mag diese Bemerkung — auch abgesehen von der leicht irreführenden Tautologie, die in dem Ausdruck „Befolgungsbefehl" liegt — Vielen plausibel erscheinen; darum nämlich, weil in der That in derselben ein richtiger Gedanke steckt. Allein das Richtige an der citirten Bemerkung ist bloß dies, daß nicht alles, was äußerlich in ein Gesetz gebracht wird, dem allgemeinen Gesetzesbefehl entsprechend als befohlen oder verordnet angesehen werden kann. In der That hat wohl noch Niemand bestritten, und für mein Theil habe ich schon wiederholt und nachdrücklich darauf hingewiesen, daß sich rein äußerlich in vielen Gesetzen Sätze

finden, die nicht bloß der Form, sondern auch ihrem Inhalt nach schlechterdings nichts Imperativisches enthalten. Allein daraus ist nicht schon die Existenz von nicht-imperativischen Rechtssätzen zu folgern. Vielmehr liegt klar auf der Hand, daß gewisse in Gesetzen auftretende Sätze, in denen absolut gar nichts Imperativisches nachzuweisen ist, wie Geschichtserzählungen, Argumentationen u. s. w., überhaupt nicht Rechtssätze sind. Und nicht minder ist klar, daß hieraus nicht folgt, daß der Gesetzesbefehl nicht Befehl sein könne, sondern nur, daß derselbe nach dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers sich bloß auf dasjenige in dem Gesetzestexte bezieht, worauf vernünftigerweise das Wort „verordnen" sich beziehen läßt. Andererseits reicht diese Beziehung weiter, als dies bei oberflächlicher Betrachtung des Inhalts eines Gesetzes den Anschein hat. Binding selbst giebt zu, daß in Sätzen wie den folgenden: „Der Kaiser hat das Recht der Kriegserklärung", „Die deutschen Männer über 25 Jahre haben das politische Wahlrecht" u. a., Imperative enthalten sind; er meint nur, daß diese nicht den eigentlichen juristischen Kern der Sache treffen. In Wahrheit aber verrathen die Bemerkungen, in denen er diese Imperative formulirt, daß er nur eine schwache Ahnung von dem vollen Inhalte und Umfange der wirklich darin liegenden Imperative hat. Wenn in dem erstern Satze in der That nicht mehr Imperativisches zu finden wäre, als: „Wenn der Kaiser den Krieg erklärt, soll der Soldat das Schwert ziehn", so würde ich der Erste sein, der Binding zugestände, daß damit der juristische Inhalt des fraglichen Rechtssatzes nicht erschöpft sei. Näher besehen jedoch, bergen sich darunter

(wie leicht aus dem schon im Eingange dieses Excurses S. 309 f. Gesagten zu entnehmen) zwei Imperative: der eine gerichtet an den Kaiser selbst, dem damit die Entscheidung über Krieg und Frieden nach bestem Wissen und Gewissen zur Pflicht gemacht wird; der andere gerichtet nicht bloß an „den Soldaten", noch speciell darauf, daß er „das Schwert ziehe", sondern gerichtet an alle Reichsgenossen, und zwar ganz allgemeinhin darauf, daß in Befolgung der kaiserlichen Erklärung ein Jeder thue resp. lasse, was ihm im Falle eines Krieges nach zahlreichen sonstigen Vorschriften des Rechts zu thun und zu lassen obliegt. Das Imperativische in dem fraglichen Rechtssatze ist mithin wahrlich tiefgreifend und umfassend genug, und wenn trotzdem Binding dabei bleiben sollte, den juristischen Schwerpunkt nicht hierin, sondern in dem Rechte des Kaisers finden zu wollen, so würde ihm zu entgegnen sein, daß dieses Recht selbst nichts anderes sei als ein dem im Kaiser repräsentirten Reiche zustehender Anspruch auf Gehorsam, dessen eigenthümlichen Inhalt der vorgedachte an alle Reichsgenossen gerichtete Imperativ ausmacht. Ganz Aehnliches gilt, wie wir im Eingange dieses Excurses schon specieller erörtert haben, vom politischen Wahlrechte; daß der Wahlberechtigte wählen darf, ist eine selbstverständliche Voraussetzung seines Rechtsanspruchs, der freilich wiederum nicht so einseitig formulirt werden darf, wie dies von Binding geschehen ist.

Wenden wir uns endlich zu den Aeußerungen Bindings über den „Befehl, das Gesetz solle in Kraft treten", so ist zuvörderst darauf aufmerksam zu machen, daß hier beiläufig noch eine dritte Auffassung des Gesetzes-

befehls zu den oben besprochenen hinzutritt. Danach soll nämlich der Gesetzesbefehl, das ita jus esto, „authentische Erklärung über das Dasein des Gesetzes" sein, also — falls damit nicht etwas ganz anderes gemeint ist, als die Worte besagen — weder Willenserklärung noch Erklärung über den Werth (über die Gerechtigkeit) der sanctionirten Ordnung. In ganz analoger Weise aber soll dann der „Befehl, das Gesetz solle in Kraft treten", die „authentische Erklärung über den Anfang der Rechtswirksamkeit" des Gesetzes sein. Wie bedenklich auch diese Definition ist, fällt in die Augen. Dem gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauche nach würde unter einer „authentischen Erklärung über den Anfang der Rechtswirksamkeit des Gesetzes" die nachträgliche Erklärung des Gesetzgebers zu verstehen sein, daß das Gesetz zu dem und dem Zeitpunkte wirksam geworden sei. Daß auch eine solche authentische Erklärung, gleich jeder authentischen Interpretation, nur als eine Anordnung gedeutet werden könnte, daß der betreffende Zeitpunkt in Zukunft als Anfangspunkt der Wirksamkeit des Gesetzes behandelt werden solle, mag hier nur beiläufig bemerkt werden. In Wahrheit denkt Binding an der betreffenden Stelle offenbar gar nicht an eine solche authentische Erklärung im gewöhnlichen Sinne des Worts, sondern vielmehr an eine Erklärung, durch welche erst der zukünftige Anfangstermin bestimmt wird. Wie aber soll diese Erklärung gedacht werden, wenn nicht als eine Willenserklärung oder, was hier nach dem früher Bemerkten ganz dasselbe besagt, als ein Befehl, daß das Gesetz von dem bezeichneten Termine an befolgt, beobachtet, ausgeführt

werden solle? Was anders kann es heißen: erklären, daß ein Gesetz von dem bezeichneten zukünftigen Zeitpunkte an rechtswirksam sei? Schade nur, daß diese nach unseren obigen Ausführungen einzig mit den Thatsachen verträgliche Auslegung der in Rede befangenen Binding'schen Definition wiederum ganz und gar nicht zu seinen sonstigen Ausführungen stimmt.

Ich würde fürchten müssen, die Geduld des Lesers auf eine allzuharte Probe zu stellen, wenn ich die Polemik gegen Binding noch weiter fortsetzen und insbesondere auf die mancherlei bisher noch nicht berührten Beispiele ausdehnen wollte, in denen Binding das Imperativische nicht herauszufinden weiß. Ich begnüge mich daher vorläufig mit der Bemerkung, daß ich meinerseits in allen diesen Beispielen keine Schwierigkeit für die Durchführung meiner Ansicht zu erblicken vermag, wohl aber in vielen Fällen eine Andeutung darüber vermisse, welche Art von Rechtssätzen im einzelnen Falle (z. B. bezüglich Art. 1 der Deutschen Reichsverfassung, den ich für mein Theil nur als Imperativ, und zwar als einen Imperativ der gewaltigsten und umfassendsten Art verstehen kann) von Binding selbst angenommen wird. Im Uebrigen behalte ich mir eingehende Auseinandersetzungen über bestimmte derartige Einzelheiten für alle Fälle vor, wo ein entschiedenes Bedürfniß in dieser Richtung sich geltend machen sollte.

Zum Schluß möchte ich nur noch einigen allenfalls möglichen Mißverständnissen vorbeugen.

Bei näherer Erörterung über den Gesetzesbefehl ist im

Anschluß an Binding der Ausdruck „Befehl“ so häufig als identisch mit „Imperativ“ gebraucht worden, daß hieraus leicht der Schein entstehen könnte, als betrachtete ich diese beiden Ausdrücke als ganz allgemeinhin identische. Dies ist natürlich nicht meine Meinung. Der Ausdruck „Imperativ“, obgleich von imperare abgeleitet und als Bezeichnung einer bestimmten Sprachform am besten mit „Befehlsform“ zu übersetzen, reicht doch zweifellos viel weiter, als der Ausdruck „Befehl“. Alle Befehle sind Imperative, aber nicht jeder Imperativ, d. h. nicht jeder Satz, der imperativische Form hat, oder m. a. W. der ein an Andere sich richtendes Wollen ausdrückt, ist darum schon Befehl. Vielmehr ist „Befehl“ nur der Imperativ, der auf Grund einer anerkannten oder angemaßten Autorität, d. h. eines anerkannten oder angemaßten Anspruchs auf Gehorsam einseitig an Andere gerichtet wird. Daß dies dem Charakter des Gesetzes in der That entspricht, und daß andererseits bei Verträgen, auch bei pactirten Verfassungen und ähnlichen Rechtserscheinungen zwar von Imperativen, aber nicht von Befehlen zu reden ist, bedarf für diejenigen, die mit dem Grundgedanken unserer bisherigen Ausführungen einverstanden sind, wohl keiner weiteren Bemerkung.

Es ist ferner von mehreren Seiten gegen die Ansicht von der imperativischen Natur alles Rechts geltend gemacht worden, dieselbe lasse die Bedeutung der Gesetzgebung als Sanction und Determination des als Sitte bereits Geübten außer Acht. Ich möchte nicht, daß mein bisheriges Schweigen hierüber als Zugeständniß aufgefaßt würde. In Wahr-

heit ist auch dieser Einwurf in der Hauptsache schon erledigt durch das, was ich oben (S. 315 f.) gegen die Argumentation Thöl's gesagt habe. Es ist jedoch vielleicht gut, hinzuzufügen, daß überhaupt Sanction und Determination von etwas bisher schon Geübten gar nicht anders denkbar ist, als daß das bisher Geübte als etwas auch in Zukunft zu Uebendes ausdrücklich festgestellt und gefordert wird. Der Imperativ, der hiernach jede Sanction einer Sitte beherrscht, scheint mir sehr klar zu liegen.

Im Uebrigen dürfte auch die Meinung, daß durch solche Sanction vorzugsweise erlaubende Rechtssätze zu gesetzlichen gemacht würden, auf einem Irrthum beruhen. Daß freilich unter jenen gesetzlichen Rechtssätzen, die inhaltlich nichts Anderes sind als ausdrücklich sanctionirte Sitte, auch sog. erlaubende Rechtssätze sich befinden können, leugne ich nach meinen eigenen wiederholten Erklärungen über erlaubende Rechtssätze selbstverständlich nicht.

B.

Ueber den Begriff der Anerkennung, insbesondere der indirecten Anerkennung.

Es ist nicht meine Absicht, auf den folgenden Blättern nochmals zu wiederholen, was ich im ersten Theile dieses Werkes über Anerkennung — directe, wie indirecte — bemerkt habe. Ich setze vielmehr das dort Gesagte als dem Leser bekannt voraus und wende mich nur gegen wenige neuerdings laut gewordene Einwürfe resp. Mißverständnisse, die mir zugleich zu noch größerer Verdeutlichung des früher Ausgeführten Anlaß bieten.

In seiner Abhandlung über den Rechtsbegriff in Grünhut's Zeitschrift (Bd. VII, S. 247 f., Anm. 13 u. 16) hat Thon zweierlei gegen meine Lehre von der Rechtsanerkennung vorgebracht. Erstens findet er den Begriff der „Anerkennung" — entgegen seiner früheren Ansicht — „farblos und nicht recht faßbar". Zweitens meint er, nach meiner Darstellung in Th. I, S. 135 sei „die Bildung eines derogatorischen Gewohnheitsrechts einzelnen staatlichen Rechtsnormen gegenüber schlechterdings ausgeschlossen". Und zwar soll sich dies aus den Worten ergeben: „Ist auch nur der eine Satz

anerkannt, daß Anordnungen gewisser Personen im Staate die Volksgenossen binden sollen, so sind eben damit alle nachfolgenden Anordnungen dieser Art so lange mitanerkannt, als jener eine Satz anerkannt ist."

Was zunächst den ersten Vorwurf anlangt, so kann ich mir die Beobachtung, daß der Begriff der „Anerkennung" ein farbloser sei, sehr wohl gefallen lassen; ja, ich würde meinerseits die größten Bedenken gegen meine gesammten bisherigen Erörterungen schöpfen, wenn mir Jemand das Gegentheil bewiese. Daß dagegen der fragliche Begriff nicht recht faßbar sei, muß ich ablehnen und zugleich zurückgeben in Bezug auf das, was Thon an seine Stelle setzen will.

Nehmen wir den letztern Punkt voraus. Thon sagt in der citirten Anm. 13 wörtlich:

„Den Ausführungen Merkels .... habe ich zu danken, daß sie mich auf eine Schwäche meiner früheren Deductionen aufmerksam gemacht haben. Auch mir sind Befehle des Rechts wirkende, das Leben gestaltende Kräfte, zu vergleichen ‚nicht dem Geist über den Wassern, der an dem Spiele der letzteren als passiver Zuschauer keinen Antheil hat, sondern: den dies Spiel beherrschenden und seine Regelmäßigkeit bestimmenden Kräften'. Daß das Wesen des Rechts Wirkung sei, ging jedoch aus meiner früheren Darstellung nicht genugsam hervor. Die Befehle der gesetzgebenden Organe sind nur insofern Recht, als sie wirken, d. h. insofern, als sie (allein für sich oder im Verein mit anderen Motiven) diejenigen, an die sie sich unmittelbar oder mittelbar wenden, zu dem ge-

botenen Verhalten bestimmen: nicht jeden Einzelnen zwar — sonst würde jedes Verbrechen die übertretene Rechtsnorm aufheben — wohl aber die große Menge, die wir die Gesammtheit zu nennen pflegen."

Etwas kürzer wird derselbe Gedanke im Texte der gedachten Abhandlung (S. 246 ff.) so formulirt:

„Der Versuch einer Gemeinschaft, durch ihre Befehle das Verhalten der Genossen zu bestimmen, ist Versuch der Rechtssetzung. Das Befohlene wird und bleibt Recht, wenn und so lange dieser Versuch gelingt. Oder mit anderen Worten: Recht ist Motivation; es hört auf Recht zu sein, wenn es nicht mehr als Motiv wirkt."

Läge mir der letzte Satz allein vor, so würde ich allenfalls noch hoffen können, mich mit Thon zu verständigen. Nach dem, was ihm vorausgeht, insbes. nach dem Inhalt der Anm. 13 muß ich zu meinem Bedauern sagen, daß ich in diesen neuesten Erklärungen Thon's nur einen Rückschritt — noch über die Puchta-Savigny'sche Ansicht zurück — erblicken kann. Die von Thon aufgestellte Ansicht von der Gesetzgebung schlägt den positiven Rechtsanschauungen der verschiedensten Völker und Zeiten geradezu ins Gesicht, und auf der andern Seite wird nach ihr der Begriff des Unrechts, wie er in gewissem, wenn auch bisweilen nur minimalen Grade Allen in der Seele lebt, zu etwas völlig Sinnlosem.

Man beachte wohl: ein Gesetz wird nach Thon erst Recht, wenn es wirkt, d. h. (nach Thon) wenn es die

Genossen, an welche es sich unmittelbar oder mittelbar wendet, zu dem gebotenen Verhalten bestimmt. Also nicht mit der Publication, auch nicht etwa mit dem Zeitpunkte, wo es nach dem juristischen Sprachgebrauche „in Kraft tritt"; so lange es noch nicht beobachtet worden ist und zwar, sofern wir den Gedanken Thons consequent durchdenken, so lange es noch nicht von „der großen Menge, die wir die Gesammtheit nennen", beobachtet worden ist, erscheint es nur als „Versuch der Rechtssetzung". Aller Streit darüber, ob ein Gesetz verfassungsmäßig gültig sei, ist in dem Sinne, wie diese Frage bisher verstanden wurde, ein müßiger. Wahrlich, wenn diese Auffassung der Gesetzgebung nicht im Widerspruch steht mit dem Geiste aller mir bekannten Staats- und anderen Verfassungen, von der bisherigen Doctrin gar nicht zu reden, so kenne ich überhaupt nichts, wovon sich das behaupten ließe.

Und nun vollends die sonderbare Lehre vom Unrecht, die sich als Consequenz dieser Anschauung ergiebt! Zuvörderst ist nach dem vorher Bemerkten jedes Zuwiderhandeln gegen das Gesetz, so lange dieses noch nicht auf „die große Menge, die wir Gesammtheit nennen" gewirkt hat, nicht Unrecht; denn bis zu dem gedachten Momente liegt ja noch kein Zuwiderhandeln gegen Recht vor. Ferner: woran soll erkannt werden, daß ein gesetzliches Verbot auf die große Menge bereits bestimmend gewirkt hat? In dem bloßen Unterlassen der verbotenen Handlungen liegt an sich niemals ein Beweis dafür, daß das Verbot wirkt. Daraus folgt nun zwar nicht, daß Zuwiderhandlungen wider das Verbot so lange straflos ausgehen, bis gewiß geworden

ist, ob das Verbot auch „Recht" geworden sei; es folgt dies darum nicht, weil es kein Strafgesetz giebt, welches die Strafe davon abhängig machte, ob das übertretene Gesetz schon auf die große Menge gewirkt hat oder nicht. Wohl aber folgt daraus, daß in zahllosen Fällen gestraft würde, obgleich Unrecht gar nicht oder wenigstens nicht erweisbar vorliegt. Und zwar würde darin nicht bloß eine Erweiterung der auf ganz andere Gründe gestützten, aber ebenfalls unhaltbaren Ansicht von Eduard Hertz (Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts [Hamburg 1880], vgl. Göttinger Gel. Anz. 1882, S. 33ff.) liegen, daß es Verbrechen gebe, die kein Unrecht in sich schlössen; sondern ein und dasselbe concrete Verbrechen würde sich bald als Unrecht, bald als Nicht-Unrecht darstellen, je nachdem „die große Menge" sich bisher in Bezug auf das übertretene Gesetz verhalten hätte. Daß im Uebrigen aus einer bloßen Abweichung des Einzelnen von dem Verhalten der großen Menge, die in Wahrheit niemals die Gesammtheit *sein* soll, sondern nur so *genannt* wird, in keiner Weise die Vorstellung des Unrechts erklärt werden kann, daß vielmehr alles Unrecht auf einen Widerspruch in uns selbst hinweist, von dem uns schon das natürliche Gefühl Kunde giebt, mag hier nur beiläufig berührt werden.

Bei alledem will ich nicht in Abrede ziehen, daß man in gewissem Sinne behaupten kann, Rechtsnormen seien nur dann wahrhaft Recht, sofern sie als solche, meinethalben auch „als Motiv" *wirken*. Im Gegentheil, ich habe immer gemeint, daß dies in dem Satze, daß als Recht im juristischen Sinne nur das anzusehen sei, was wirklich als Recht

gilt, schon mit ausgesprochen sei. Die Frage ist nur, wie Rechtsnormen wirken. Und nichts anderes als ein Versuch der Beantwortung gerade dieser Frage ist es, wenn ich zu beweisen bemüht war, daß „Recht" alles sei, was als Norm irgend einer Gemeinschaft seitens der Genossen und resp. gegenüber den Genossen anerkannt würde.

Daß nun dieser Begriff der Anerkennung nicht recht faßbar sein soll, überrascht mich eigentlich aus dem Munde Thons um so mehr, als die Schlußfolgerung, die derselbe aus meinen Worten in Bezug auf derogatorisches Gewohnheitsrecht gezogen hat, deutlich zeigt, daß er mich im Allgemeinen ganz richtig verstanden hat. Wenn trotzdem jene Schlußfolgerung, wie sich später zeigen wird, falsch ist, so beruht dies nicht sowohl auf einem Mißverstehen meines Begriffs der „Anerkennung von Gemeinschaftsnormen", als vielmehr in dem Uebersehen eines unleugbaren Dualismus, der tief in der menschlichen Natur begründet ist. Indessen füge ich gern noch Einiges zur Erläuterung des fraglichen Begriffs hinzu, zumal ich eine Analogie, die wohl besonders geeignet ist, denselben in das rechte Licht zu setzen, bisher mehr nur gestreift, aber nicht genügend ausgenützt habe: ich meine die Analogie der „Anerkennung von Wahrheiten".

Auch Wahrheiten sind oder erscheinen nur als Wahrheiten, sofern sie als Wahrheiten wirken. So wenig es Farben oder Töne giebt, welche schlechthin Niemand sähe oder hörte, so wenig giebt es Wahrheiten, die nicht irgendwie in denkenden Geistern Geltung hätten. Wohl können alle Bedingungen vorliegen, um gewisse Empfindungen (Farben- oder Tonempfindungen) resp. Urtheile (im Sinne der Logik)

hervorzurufen, sobald nur ein empfindendes resp. denkendes Wesen jene Bedingungen auf sich wirken läßt; aber so lange das letztere nicht der Fall ist, kann von Farben und Tönen einerseits, von Wahrheiten andererseits ebenso gewiß nicht die Rede sein, wie von Empfindungen, die Niemand empfunden, von Urtheilen, die Niemand gefällt hat. Damit ist zugleich angedeutet, daß das „Wirken" einer Wahrheit, gleichwie von Licht und Klang, viel mehr zu denken ist als ein Gewirktwerden, wozu die Geister, auf welche das Genannte zu wirken schein, sehr wesentlich mitwirken. Inwieweit? das kann hier ruhig dem Streit der verschiedenen philosophischen Richtungen überlassen bleiben; für unsern Zweck reicht das Vorbemerkte aus, worüber gegenwärtig auch Erkenntniß-Theoretiker der mannigfaltigsten Schattirungen übereinstimmen dürften.

Nur eine besondere Art dieses Mitwirkens nun ist es, die ich mit dem Ausdruck „Anerkennen von Wahrheiten" bezeichne; eine Mitwirkung nämlich, welche zuvörderst da Platz greift, wo die betreffende Wahrheit schon von einem andern Geiste so zu sagen fertig gemacht, m. a. W. als Urtheil formulirt worden ist. Und zwar besagt dann der Ausdruck offenbar, daß der Anerkennende die ihm in dieser bereits fertigen (wenn auch noch so unvollkommenen) Gestalt entgegentretende Wahrheit in ganz derselben Weise zum Besitzthum seines Geistes macht, wie wenn er dieselbe aus seinem Geiste heraus erkannt hätte. Die Folge ist, daß die anerkannte Wahrheit für das weitere Denken, Fühlen und Wollen des Anerkennenden genau dieselbe Bedeutung hat, wie das eigenste Product seines Geistes selbst;

sie inhärirt gleichsam seinem Geiste, so daß sie theils auf seinen Ruf, theils unwillkürlich, immer wieder gelegentlich hervortritt, bis sie entweder durch eine andere Ueberzeugung verdrängt oder gänzlich in Vergessenheit gerathen ist. Ob im Uebrigen dieser geistige Besitz auf einem in gewissem Grade wiederholten Erkennen oder nur auf gläubigem Hinnehmen des Dargebotenen beruht, kommt im vorliegenden Falle nicht in Frage. Unter den Begriff der Anerkennung fällt das Eine wie das Andere; überdies aber ist es gerade auch das vorher charakterisirte fortdauernde Besitzen selbst, das ich meinerseits als „Anerkennung" bezeichne.

Ganz analog nun dieser zwiefachen Anerkennung von Wahrheiten denke ich meinerseits die Anerkennung von Normen oder Imperativen. Auch die Art und Weise, wie Normen zum dauernden Besitzthum eines Geistes werden, ist eine doppelte: entweder sie entstehen allein in dem Geiste selbst, der sie befolgen soll, und werden nur sozusagen fixirt in einem festen Willensentschlusse, oder sie treten fertig an diejenigen heran, für die sie Motiv des Handelns werden sollen, und werden von diesen nur zu eigen gemacht, will sagen anerkannt (in diesem Sinne). In beiden Fällen aber tritt wiederum ein, was ich vorher in Bezug auf Wahrheiten bemerkt habe: die Norm (der Imperativ) inhärirt fortan gleichsam unserm Geiste, sodaß sie bald auf den Ruf desselben, bald unwillkürlich ins Bewußtsein treten kann, bis sie durch eine widersprechende Norm verdrängt oder sonst dem Geiste (nicht etwa bloß dem zeitweiligen Bewußtsein!) völlig abhanden gekommen ist. Und eben jenes Inhäriren, oder m. a. W. das unwillkürliche Festhalten des

geistigen Besitzes ist es, was ich in einem wie dem andern Falle ebenfalls als Normenanerkennung bezeichne und schon bisher als ein habituelles dauerndes Respectiren charakterisirt habe.

Wenn ich übrigens wiederholt behauptet habe, das Anerkennen von Normen (resp. speciell das Anerkennen von Gemeinschaftsnormen seitens der Gemeinschaftsgenossen und solchen gegenüber) könne sich auch unbewußt vollziehen, so gilt dies nicht bloß von dem Anerkennen im Sinne des fortdauernden geistigen Besitzens, wo sich jene Behauptung ganz von selbst versteht, sondern es gilt sogar mehr oder weniger von der ersten Aneignung fertig dargebotener Normen, wenn ich auch zugeben will, daß in diesem Falle (gleichwie bei der ersten Aneignung fertig dargebotener Wahrheiten) strenggenommen nicht von einem völligen Mangel von Bewußtsein, sondern nur von sehr verschiedenen Graden des Bewußtseins der Aneignung, bis zu einem fast verschwindenden Minimum herab, die Rede sein kann.

Andererseits ergiebt sich aus den vorstehenden Erörterungen unmittelbar, wie ich zu dem im Eingang erwähnten, den eigentlichen Gegenstand des zweiten Thon'schen Einwands bildenden Satze gekommen bin: „Ist auch nur der eine Satz (die eine Norm) anerkannt, daß Anordnungen gewisser Personen im Staate die Volksgenossen binden sollen, so sind eben damit alle nachfolgenden Anordnungen dieser Art so lange mitanerkannt, als jener eine Satz anerkannt ist." Ich hätte ebenso gut den Satz noch allgemeiner so formuliren können: Wer die Prämissen anerkennt, anerkennt auch die Consequenzen. Daß bei der Annahme einer solchen

indirecten Anerkennung (d. h. einer in der Prämissen-Anerkennung implicite ausgesprochenen Anerkennung der Consequenzen) stillschweigend ein „ideales Bewußtsein" (Sigwart, Logik II, 582), ein streng logisch verfahrender Geist vorausgesetzt („substituirt") wird, gebe ich natürlich vollständig zu. Aber ebenso gewiß ist doch, daß derjenige, welcher gewisse Prämissen — mögen dies nun wissenschaftliche Wahrheiten oder Grundsätze fürs Handeln sein — anerkennt und gleichzeitig in seinem „empirischen Bewußtsein", in seiner zeitweiligen thatsächlichen Stimmung oder wie man dies sonst ausdrücken mag, die Schlußfolgerungen verwirft, mit sich selbst in Widerspruch geräth. Und sollte das auch allein vom Standpunkte der Logik aus gelten — was beiläufig bemerkt nicht zutrifft, da sich jener Widerspruch oft genug auch im Gefühl geltend macht —, so ist doch jener Standpunkt der einzige, auf welchem überhaupt von Wissenschaft die Rede sein kann. Um es mit Einem Wort zu sagen: unsere Ansicht, daß derjenige, welcher eine auf andere Normen verweisende Norm anerkennt, auch zugleich die Normen (auch die erst zukünftigen) mitanerkennt, auf welche jene eine Norm verweist, ist nichts als eine Anwendung des logischen Grundsatzes, daß in dem zureichenden Grunde auch die Folge mitenthalten sei. Nur in dem Sinne, in welchem dieser Grundsatz richtig ist, trete ich für jene Ansicht ein; in diesem aber auch unbedingt.

Wenden wir uns nunmehr speciell zu dem Einwande, unsere Ansicht von einer indirecten Anerkennung der Normen zweiter, dritter u. s. w. Ordnung vertrage sich nicht mit der Thatsache eines derogatorischen Gewohnheitsrechts, so

möchte ich zunächst darauf hinweisen, daß ich die Frage des derogatorischen Gewohnheitsrechts in Th. I selbst berührt habe, freilich in einem Abschnittt (III), der bisher mit seltener Uebereinstimmung — namentlich auch seitens der gesammten Lehrbücher-Literatur — ignorirt worden ist. Daß ich daselbst ohne Bedenken ein derogatorisches Gewohnheitsrecht zugestanden habe und zwar in ziemlich weiter Ausdehnung, hätte Thon mindestens zeigen können, daß die Unverträglichkeit des derogatorischen Gewohnheitsrechts mit meiner Ansicht von der Anerkennung doch wohl nicht so evident sei, daß sie gar keiner weitern Begründung bedürfte. Knitschky (in der Jenaer Lit.-Ztg. von 1877) hat umgekehrt als einen Vorzug meiner Theorie hervorgehoben, daß sich daraus u. a. die Entstehung neuen Rechts im Falle einer Revolution leicht erklären lasse, und er befand sich damit, wie mir scheinen will, auf viel richtigerem Wege.

Zunächst ist der Widerspruch, den Thon in der indirecten Anerkennung einer gesetzlichen Norm einerseits und in der directen Anerkennung einer entgegengesetzten Norm, die durch consuetudo allmählich zur Rechtsnorm wird, andererseits findet, in der Mehrzahl der dabei vorauszusetzenden Fälle ein nur scheinbarer. Dies insbesondere da, wo die betreffende Gesetzgebung selbst ausdrücklich ein derogatorisches Gewohnheitsrecht anerkennt, oder doch sonst derartige Vorschriften über Gewohnheitsrecht giebt, daß daraus nicht auf eine Verwerfung derogatorischen Gewohnheitsrechts zu schließen ist; aber auch noch in anderen Fällen, in denen es an jeder gesetzlichen Vorschrift in Bezug auf Gewohnheitsrecht fehlt. Der allgemeine Grundsatz, „daß Anord-

nungen gewisser Personen binden sollen", ist doch in *dieser Allgemeinheit*, wie er in den gegenwärtigen Worten und in der citirten Stelle formulirt ist, *nirgends* wirklich *anerkannt*. Er ist vielmehr in *dieser* Gestalt eine reine Abstraction, wie sie gerade innerhalb der Deduction, in welcher sie auftritt, angezeigt erschien. In Wirklichkeit aber wird jener Grundsatz stets nur anerkannt im Zusammenhang mit gewissen Beschränkungen, theils in Bezug auf Inhalt und Form, theils in Betreff der Zeit, für welche die fraglichen Anordnungen binden sollen. Und in letzterer Beziehung dürfte überall mindestens die Eine Beschränkung als mitanerkannt zu betrachten sein, daß die fraglichen Anordnungen nur so lange binden sollen, als sie nicht durch spätere Rechtsnormen aufgehoben worden sind. Daß unter diesen späteren Rechtsnormen nicht bloß spätere gesetzliche Anordnungen, sondern auch gewohnheitsrechtliche Normen insoweit begriffen sind, als letztere nicht ausdrücklich davon ausgeschlossen sind, entspricht wenigstens der jetzt noch herrschenden Meinuug.

Anders liegt freilich die Sache, wo das Gesetz sich direct gegen *alles* Gewohnheitsrecht erklärt, oder wo man aus sonstwelchem Grunde annehmen zu müssen glaubt, daß die zuletzt erwähnte zeitliche Beschränkung der die Grundlage der Gesetzgebung selbst bildenden Norm nicht mit auf derogatorische gewohnheitsrechtliche Bildungen zu erstrecken sei. Hier ist denn in der That ein Widerspruch in der von *Thon* angenommenen Art vorhanden. Allein der Widerspruch rührt hier nicht erst her aus meiner Theorie von der indirecten Anerkennung, sondern er haftet offenbar an

der Sache selbst, genauer in dem oben erörterten Gegensatze eines „idealen" und eines „empirischen" Bewußtseins resp. Willens. Denn selbst wenn mit dem Ausdruck „ideales Bewußtsein" nichts weiter als eine Aufgabe bezeichnet wäre, die unser wirkliches Bewußtsein sich selber setzt, aber nicht zu lösen — wenigstens nicht immer zu lösen — vermag, so ist doch auch schon hiermit ein Widerspruch im menschlichen Geiste vorausgesetzt, welchen die Wissenschaft nimmermehr beseitigen, sondern höchstens — fälschlicher Weise — ignoriren kann. In Wahrheit dürfte indessen bei dem „idealen Bewußtsein" vielmehr an eine wesentliche Eigenschaft oder Verhaltungsweise unseres Geistes zu denken sein, natürlich eine solche, die das Leben unseres Geistes nicht ausschließlich beherrscht, sondern nur mit anderen, unter Umständen widerstrebenden, zusammen das Wesen desselben ausmacht. Gleichwie es nun zufolge des vorerörterten Gegensatzes thatsächlich unendlich oft vorkommt, daß Jemand etwas für wahr annimmt, ja daß ein ganzes Zeitalter etwas für wahr annimmt, ohne zu merken, daß diese angenommene Wahrheit in Widerspruch steht mit der strengen Consequenz einer andern, längst anerkannten und immerfort noch anerkannten Wahrheit, ganz ebenso kann es vorkommen und kommt thatsächlich beim derogatorischen Gewohnheitsrechte vor, daß eine neue Norm anerkannt wird, ohne daß Jemand der Anerkennenden merkt, daß solche in Widerspruch steht mit einer gesetzlichen, das will sagen mit einer indirect (ideell) ebenfalls anerkannten Norm. Der Widerspruch bleibt nothwendig bestehen, so lange das Nicht-Merken dauert. Und sogar wenn derselbe erkannt ist, tritt nicht immer das Bedürfniß

der Aufhebung sofort deutlich hervor. Wo es sich aber wirklich geltend macht, da vollzieht sich dann die Aufhebung einfach in der Weise, daß die fortgesetzt anerkannte allgemeine Norm, daß Anordnungen gewisser Personen als Gesetze binden sollen, durch eine beschränkende zeitliche Bestimmung der oben bemerkten Art ausdrücklich oder stillschweigend ergänzt wird. Wohl kann auch dann noch ein Widerspruch bleiben zwischen der persönlichen Intention der Gesetzgebungsfactoren, sofern solche über das Maß ihrer thatsächlichen Macht hinausgeht, und der gewohnheitsrechtlichen Bildung. Aber der Widerspruch zwischen der indirecten Anerkennung der Gesetzesnormen einerseits, der directen Anerkennung der abweichenden gewohnheitsrechtlichen Normen andererseits ist beseitigt, da eben von einer indirecten Anerkennung insoweit, als im gegebenen Falle die Beschränkung der direct anerkannten Grundnorm Platz greift, nicht mehr die Rede sein kann.

Druck von Friedr. Andr. Perthes in Gotha.

